UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

L'ORDRE PUBLIC en Droit privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue devant la Faculté de Droit le 13 Novembre 1941, à 15 heures

PAR

ALAIN SIMON

Lauréat du Concours général des Facultés de Droit (1re mention 1939)
Lauréat de la Faculté de Droit de Rennes
Avocat stagiaire à la Cour d'Appel
Attaché au Parquet Général

JURY :

Président : M. TRASBOT, Professeur
Suffragants : M. LENOAN, Assesseur du Doyen
M. LAGARDE, Professeur

RENNES
IMPRIMERIES RÉUNIES (société coopérative), 22, RUE DE NEMOURS

1941

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549209_0004

L'ORDRE PUBLIC
EN
DROIT PRIVÉ

La Faculté n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

L'ORDRE PUBLIC en Droit privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue devant la Faculté de Droit le 13 Novembre 1941, à 15 heures

PAR

ALAIN SIMON

Lauréat du Concours général des Facultés de Droit (1re mention 1939
Lauréat de la Faculté de Droit de Rennes
Avocat stagiaire à la Cour d'Appel
Attaché au Parquet Général

JURY :

Président : M. TRASBOT, Professeur
Suffragants : M. LENOAN, Assesseur du Doyen
M. LAGARDE, Professeur

RENNES
IMPRIMERIES RÉUNIES (société coopérative), 22, RUE DE NEMOURS
—
1941

INTRODUCTION

I. Le Code Civil dans trois de ses textes parle de « l'Ordre Public » : ce sont les articles 6, 686 et 1133 (1). — Il est frappant de constater que le premier de ceux-ci se présente au seuil même du Code, dans le titre préliminaire ; d'autre part la notion « d'Ordre Public » n'y est pas définie : on en parle sans dire de quoi il s'agit et comme si chacun savait ce qu'il faut entendre par là. Quelles que soient les raisons qui motivent une telle attitude, c'est un fait qu'il importe de souligner dès maintenant. — Qu'entend-on par « Ordre Public » ? Y a-t-il, à proprement parler, une *notion* de l'Ordre Public ? Quels en sont le *contenu* et la *fonction* ? Autant

(1) *Art.* 6 : « On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'*Ordre public* et les bonnes mœurs ».

Art. 686 : « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis, ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'*Ordre Public*... »

Art. 1133 : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'*Ordre Public* ».

de questions, auxquelles le Code ne fournit pas de réponses. D'ailleurs en dehors des textes qui visent explicitement « l'Ordre Public », le Code Civil le sous-entend dans certaines de ses dispositions : c'est ce qui apparaît clairement à la lecture des articles 900, 1172 et 1387 — pour ne citer que les plus importants (2). Dans ces dernières hypothèses, on voit énoncer à ses côtés la notion de « bonnes mœurs », qui semble inséparable de celle d'Ordre Public, mais sur laquelle le Code fait également silence. — En sorte qu'on peut sans exagération dire que les textes se bornent à mentionner strictement, sans développements de quelque utilité, l'expression « d'Ordre Public ».

II. D'un point de vue purement logique, il y a là un procédé qui peut sembler anormal, voire dangereux. On s'en convaincra encore plus aisément, si l'on veut bien considérer que la notion d'Ordre Public est l'objet, en pratique, d'applications innombrables : les tribunaux y font appel fréquemment. Tantôt il s'agit d'interpréter un texte de loi, d'en délimiter le domaine d'appli-

---

(2) *Art.* 900 : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ».

Art. 1172 : « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ».

Art. 1387 : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et, en outre, sous les modifications qui suivent ».

cation dans le temps et dans l'espace ; tantôt plus simplement, mais aussi plus souvent, on se trouve en présence de l'interprétation d'actes juridiques volontaires plurilatéraux ou même unilatéraux ; et si l'on veut se souvenir du développement considérable des transactions commerciales et d'une façon générale des rapports individuels, on comprendra aisément combien, à ce dernier point de vue, le champ d'action de l'Ordre Public est vaste et divers. Sans exagération aucune, c'est là un des problèmes les plus actuels du Droit Privé ; un de ceux dont la solution, en l'absence de texte formel, repose presque entièrement sur l'action de la jurisprudence. L'*intérêt pratique* d'une étude orientée en ce sens est donc considérable. C'est aux tribunaux que l'on doit avoir recours presque constamment en cette matière ; et ce n'est pas en vain. Car, dans le silence du Code Civil, ils fourniront l'idée essentielle qui domine la question de l'Ordre Public. De la lecture des décisions judiciaires qui s'y rapportent, se dégage un principe fondamental.

Les magistrats font appel à la notion d'Ordre Public, pour mettre un frein, une limite à l'application de la loi ou des actes juridiques. — S'agissant du champ d'action d'une loi dans le temps, l'Ordre Public interviendra pour permettre au juge d'appliquer immédiatement à certaines situations juridiques en cours, des dispositions législatives considérées comme devant entrer en action sans délai. D'un autre côté, lorsque dans un litige, apparaît une question d'extra-territorialité et que les principes du Droit International Privé accordent à la loi étrangère application en France, le juge peut substituer à cette loi *normalement* compé-

tente, la « lex fori » dont il refuse, en raison des intérêts en présence, de voir écarter la mise en œuvre. Mais c'est avant tout dans le domaine des obligations volontaires que la notion d'Ordre Public interviendra avec son rôle de limitation. Le Droit Privé, du dix-neuvième siècle fut dominé par le grand principe de « l'autonomie de la volonté », ; les conventions sont, en principe, laissées à la libre appréciation des individus, la liberté contractuelle n'étant que la traduction juridique du principe de liberté que la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, avant le Code Civil, avait solennellement proclamé (3). Les seules exceptions que l'on s'accorde à admettre, étant constituées par les « bonnes mœurs » et « l'ordre public ». L'Ordre Public est une limite exceptionnelle, mais tout de même une limite à la libre fantaisie des individus dans le domaine du Droit. Au fur et à mesure que le respect dont était entouré le Code Civil lors de sa promulgation, décroissait, les « exceptions » que constituaient les dispositions d'Ordre Public au prétendu « principe » de l'autonomie de la volonté, n'ont cessé de croître. — Il n'en reste pas moins que la notion d'Ordre Public joue le rôle d'un *frein*, restreignant le champ d'application de la loi ou de la volonté privée. On désire assurer la primauté de certaines *idées*, de certains *principes* supérieurs, bref d'un *ordre* dont le maintien importe au premier chef à la Société.

---

(3) Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, article 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit à autrui... » ; V. également articles 1, 2, 3, 7, 8, 9, 10, 11, 17.

III. Cette constatation forme bien la pierre de base du problème de l'Ordre Public, mais non la seule. Il ne suffit pas de dire qu'il existe une *notion d'Ordre Public* dont l'intervention s'affirme quotidiennement en jurisprudence, et dont la raison première est d'enserrer la loi ou la volonté privée dans certaines limites, encore faut-il préciser quelles sont ces limites ? Quel est le *contenu* de la notion d'Ordre Public ? C'était à la Doctrine de répondre à cette question. On doit reconnaître que les efforts faits en ce sens par les auteurs sont fragmentaires et n'aboutissent jamais à des solutions satisfaisantes. D'un côté certains d'entre eux, s'en remettent purement et simplement au législateur du soin de dire ce qu'il faut entendre par Ordre Public; d'après eux, cette notion présenterait un caractère légal très prononcé ; c'est là une des manifestations des théories de « l'*Ecole Traditionnelle* » : « l'exagération de l'élément légal ». D'autres auteurs vont même si loin dans cette voie, qu'ils en arrivent à dénier toute existence à la notion d'Ordre Public; la loi est toujours dictée, déclarent-ils, par des considérations d'intérêt général, on ne peut donc jamais y déroger, toute loi est d'Ordre Public. A un autre point de vue, la doctrine se partage en deux courants; certains n'hésitent pas à *énumérer* les lois d'Ordre Public, d'autres au contraire admettent uniquement que la loi doit *définir* ce qu'il faut entendre par là. — Au cours des dernières années, les études consacrées à la notion d'Ordre Public sont marquées au coin d'un nouvel esprit. On y note surtout le souci — inconscient le plus souvent — de déterminer son *contenu* aussi exactement que possible ; dans cette direction nombre d'entre elles en viennent à proclamer

que l'*ordre* auquel la loi et la volonté privée sont soumises, est purement matériel : Ordre Public est synonyme de Sécurité générale. D'autres soulignent les nouvelles tendances qu'ils croient devoir enregistrer en la matière; à l'Ordre Public contemporain du Code de 1804, ils préfèrent désormais un ordre « économique » qui leur semble bien résumer les idées autour desquelles peuvent se grouper un grand nombre de dispositions législatives promulguées au cours de la guerre de 1914-1918 et dans les années suivantes.

La Doctrine aborde ainsi le problème de l'Ordre Public de divers côtés, de façon sporadique, sans jamais en donner une vue d'ensemble satisfaisante. A vrai dire, on ne peut lui en tenir rigueur; les précédents sont rares, ou du moins le paraissent, c'est en effet lors des travaux préparatoires du Code civil, qu'apparut, avec fréquence, l'expression même de l'Ordre Public, que Domat seul, jusqu'à présent, avait employée. Et on en comprend facilement la raison; les rédacteurs du Code Civil, à l'instar des membres des assemblées révolutionnaires, ont voulu protéger « l'ordre nouveau » qu'ils instauraient, contre les tentatives des partisans, sinon de l'Ancien Régime, du moins de l'Ancien Droit; on voulait éviter tout retour aux principes récemment condamnés. Cette absence de bases devait peser lourdement sur toute la Doctrine au cours du dix-neuvième siècle ; elle continue, d'ailleurs, à faire sentir son influence de nos jours. La Doctrine et c'est *l'intérêt théorique* (4) du problème de l'Ordre Public, n'a ja-

(4) Cet aspect du problème n'est nullement négligeable, on peut rappeler ici ce que le doyen Gény écrivait : « Je

mais réussi à lui donner une solution complète et satisfaisante, en dépit des tentatives auxquelles elle s'est livrée.

IV. Aussi, ne paraîtra-t-il pas inutile de reprendre ici la question de l'Ordre Public, afin de lui apporter une nouvelle contribution. L'étude que l'on entreprend, à défaut d'autres mérites, aurait celui de donner une *vue d'ensemble*, synthétique, de la notion d'Ordre Public — sans dissimuler les difficultés qui peuvent apparaître chemin faisant — et de mettre de côté définitivement un ensemble de conceptions jusqu'à ce jour

---

sais bien — elle n'est que trop connue — l'objection, qu'on oppose à cette recherche, comme à toute ivestigation portant sur les bases mêmes de la science. On nous dit, que ces problèmes théoriques restent sans influence sur le développement réel du droit vivant, ...sophisme de pure paresse, dont l'attrait, strictement utilitaire, ne peu reposer que sur la méconnaissance de nos intentions ou la dénaturation de notre but véritable. Il ne s'agit pas de sacrifier la pratique à la théorie, non pas même de contester la supériorité pragmatique de la première sur la seconde. Il s'agit simplement de savoir si une pratique éclairée n'atteint pas plus sûrement et plus pleinement le but qu'une pratique aveugle, s'il ne vaut pas mieux allumer sa lanterne que tâtonner dans l'obscurité sans même se chercher un guide, et si définitivement une analyse consciente et impartiale de nos procédés d'investigation n'a pas quelque chance d'en accroître l'efficace... Partout nécessaires et fécondes, les idées d'ordre, de clarté de discipline rationnelle, doivent, plus particulièrement encore, dominer l'élaboration du droit, qui tend, avant tout, à diriger la vie des hommes, en l'assujetissant à des règles conformes à leur nature raisonnable ». (« Science et technique en Droit privé positif » (*Nouvelle Contribution à la critique de la méthode juridique*), tome 1er, Paris, 1914, n° 5, p. 14-15.

en honneur; *avant de reconstruire, il faut faire table rase des erreurs passées :* on voudra bien ne pas nous refuser le mérite d'avoir eu l'audace de tenter cet essai.

Il importe donc de reprendre, dans son ensemble, le problème de l'Ordre Public en *Droit Privé*; le titre même de cette étude, laisse entrevoir l'étendue que l'on entend lui donner; on envisagera l'Ordre Public, non pas limité au seul Droit Civil, mais dans le champ plus général du Droit Privé. Vouloir en restreindre l'examen au premier, conduirait peut-être à n'en pas saisir la nature profonde; aussi, tant au point de vue des applications pratiques, qu'à celui des tentatives doctrinales, se placera-t-on, dans la mesure du possible, dans le cadre du Droit Privé (5).

Ainsi, après avoir, dans une première partie, exposé les conceptions doctrinales relatives à l'Ordre Public, conviendra-t-il de tenter, dans la deuxième partie, une théorie d'ensemble de l'Ordre Public en Droit Privé, en s'appuyant sur les textes, les opinions des auteurs et surtout les décisions de la jurisprudence.

---

(5) Il n'en reste pas moins, d'ailleurs, que l'on a pu noter avec justesse, que le Droit Civil reste le *Droit privé commun*, JOSSERAND, « Cours de Droit civil positif Français », 3e éd. tome 1er, n° 15, p. 15.

PREMIÈRE PARTIE

Histoire des Doctrines relatives à l'Ordre public en Droit privé

La notion d'Ordre Public est l'objet de nombreuses applications en droit privé français; on y a fréquemment recours et dans des hypothèses très diverses. On comprend alors que les auteurs aient eu leur attention sollicitée par l'examen de ce point et qu'ils y aient consacré quelques études : il convient d'en donner ici un aperçu. D'une façon générale on notera leur caractère fragmentaire; la question n'est pas envisagée dans son ensemble; les solutions proposées sont vagues, si bien, qu'il faut constater, — en dépit des beaux travaux parus au cours de ces dernièrèes années — que le problème demeure entier. L'exposé des Doctrines relatives à l'Ordre Public en droit privé depuis le Droit Romain jusqu'à nos jours, nécessitera plusieurs chapitres.

CHAPITRE PREMIER

Le Droit Romain

Il peut sembler étrange de remonter au Droit Romain pour essayer d'y découvrir la conception que l'on se faisait à cette époque de la notion d'Ordre Public : on peut en effet, à l'appui de cette remarque, présenter deux arguments, susceptibles, s'ils étaient fondés, de dispenser d'ouvrir ce chapitre : d'une part, dira-t-on, le Droit Romain est trop éloigné du nôtre pour qu'on puisse retirer quelque profit de son étude, et d'un autre côté, s'agissant plus spécialement de notre sujet, le terme même « d'Ordre Public » ne s'y trouve dans aucun texte. — Mais on ne doit voir, à ces deux objections, aucun obstacle à l'étude envisagée; si le terme « d'Ordre Public » ne figure pas au Digeste, la « notion » d'Ordre Public s'y trouve à l'état latent en de nombreux textes et cette notion se révèlera lourde d'enseignements à l'adresse de notre Droit du XX^{e} siècle.

I. Il semble bien, qu'à l'origine, on n'ait pas eu à faire fréquemment appel à l'Ordre Public et aux bonnes

mœurs; à cela, rien d'exceptionnel, les activités individuelles sont alors restreintes, les accords, les contrats sont rares (1), les lois également, si tant est qu'il y eut alors des lois de Droit Privé, l'Ordre social n'a pas l'occasion d'être troublé. De plus, les rares contrats auxquels participent les individus sont entourés de formalités dont l'accomplissement et la régularité sont la clef de voûte (2) ; la volonté des particuliers, est comme écrasée par la forme dans laquelle elle doit s'extérioriser : « Au commencement on ne trouve rien qui ressemble à l'intervention de la loi pour forcer à l'exécution d'une promesse. Ce que sanctionne la loi, ce n'est pas la promesse, c'est la promesse accompagnée d'une solennité. Non seulement les formalités ont autant d'importance que la promesse elle-même, mais elles ont presque une importance plus grande, car cette analyse délicate que le droit perfectionné applique aux conditions d'esprit dans lesquelles on accorde un assentiment verbal est appliqué, dans l'Ancien Droit aux formes et aux gestes qui entrent dans la cérémonie ..... Cet engagement mental, manifesté par des actes extérieurs, était appelé « pacte » ou « convention » par les Romains; et lorsqu'on a compris une fois que la convention était le noyau du contrat, les progrès de la jurisprudence ont tendu à mettre de côté les formalités et cérémonies. On n'a plus gardé

(1) Sumner-Maine, *L'Ancien Droit* (traduit sur la 4e éd. anglaise par Courcelle-Seneuil), Paris, 1874, p. 295.

(2) Au sujet de l'évolution de la théorie des contrats en Droit Romain, voir le passage de Girard, « Manuel élémentaire de Droit Romain », 8e éd., revue par Félix Senn, Paris, 1929, p. 461 et suiv.

de formes que celles qui étaient nécessaires pour garantir l'authenticité, et montrer qu'on avait agi sérieusement après délibération. Alors l'idée de contrat a été pleinement développée, ou, pour parler comme les Romains, les contrats ont été absorbés par les pactes » (3).

II. Pendant les six premiers siècles de Rome, il est vraisemblable que l'on s'en tint à cette conception primitive, formaliste. On ne s'occupe guère du respect dû à l'ordre social, tant que cet ordre n'est pas troublé en fait. Aussi ne doit-on pas s'étonner de constater que le sixième siècle de Rome, époque de transformatoins, soit le point de départ d'une évolution des conceptions juridiques et sociales; alors apparaît la notion de « boni mores » (4). A vrai dire, telle n'est pas à ce moment l'expression dont on se sert; on ne parle pas encore de « boni mores », on parle de « mores ». Que faut-il donc entendre par là ?

Il s'agit ici d'une conception, en quelque sorte, « étatique » de la notion de l'ordre social : on vise uniquement lorsqu'on parle des « mores », celles du peuple romain, les principes coutumiers de conduite, privée, publique, admis par tous à l'intérieur de la ville, et uniquement dans Rome (5). L'Ordre Social, l'Ordre Public, dont la violation entraînera une réaction de

(3) Sumner-Maine, *op. cit.*, p. 296 et s.

(4) Félix Senn : « *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs* », dans : « Recueil d'Etudes sur les sources du Droit, en l'honneur de François Geny, » tome 1er, p. 53 et s.

(5) Senn, *op. cit.*, p. 56 et 57.

l'autorité, est donc fondé sur les « mores populi Romani ». L'atteinte aux mœurs est une atteinte aux principes mêmes du Droit (6). D'ailleurs ces principes donnent naissance à des règles de droit, insérées dans la loi, ou demeurées à l'état de coutumes juridiquement obligatoires (7). Dans une conception aussi archaïque de l'ordre social, les sanctions attachées aux activités particulières qui visaient directement à le tourner, étaient rares. La plus grave, émanait du censeur, surveillant de la moralité publique, qui infligeait, aux coupables, la « nota censoria » : un blâme officiel réprimait l'atteinte aux mœurs publiques, mais il y avait là une sanction, non pas de droit privé, mais d'ordre répressif, édictée par un fonctionnaire. A ce stade du développement du Droit Romain, le terme d'Ordre Public, n'apparaît pas, mais l'idée qui lui sert de fondement est exprimée par le concept de « mores ».

III. — Ces « mores civitatis », ne pouvaient rester immuables; au contact de l'Orient, Rome voit s'infiltrer les usages et surtout la philosophie de la Grèce, qui devaient séduire dangereusement l'élite romaine : Cicéron mentionne cette influence, qui prend alors figure d'intrusion, dans son « De Republica » (2, 4) : « ..... admiscentur enim novis sermonibus ac disciplinis et importantur non merces solum adventitiæ, sed etiam mores, ut nihil possit in patriis institutis

---

(6) Koschembahr-Lyskowski : *Conventiones contra bonos mores*, dans : « Mélanges de Droit Romain dédiés à G. Cornil », tome 2, p. 30.

(7) Senn, *op. cit.*, p. 56; D. 1.3.32.1 ; D. 4.2.3.1.

manere integrum ». On voit désormais deux civilisations se heurter : la civilisation romaine, celle des ancêtres, « mos majorum », et les habitudes étrangères; aux mœurs de la Cité s'opposent les autres; aux « boni mores » (8) les « mali mores » : et entre ces deux conceptions — dont la première doit être avant tout sauvegardée — on entend maintenir une barrière infranchissable. Ce sera le rôle du prêteur, à partir du VII^e^ siècle de Rome, de défendre les bonnes mœurs : il a, en son pouvoir, pour y parvenir l'exception de dol, instrument technique, mis à la disposition du plaideur qui invoque, pour repousser la demande de son adversaire, les bonnes mœurs (9). Si l'expression de « boni mores », a été substituée à celle plus ancienne de « mores », il n'y a là encore qu'un simple moyen de préserver l'ordre social romain de toute ingérence étrangère; dans un cas comme dans l'autre les « mœurs » restent celles de la cité (10).

IV. Mais cette notion de « bonnes mœurs », mœurs de Rome, par opposition aux mœurs des autres nations, ne devait et d'ailleurs ne pouvait pas elle-même rester sans changement. La philosophie grecque pénètre les conceptions romaines de plus en plus profondément (11). Les écoles pythagoricienne et stoïcienne y rencontrent un accueil enthousiaste : elles apprennent à leurs nouveaux adeptes, que c'est par nature, qu'il y a des

---

(8) D. 47.10.15.6.

(9) Senn, *op. cit.*, p. 59 ; D. 47.10.15.2 ; D. 47.10.15.23.

(10) Lyskowski, *op. cit.* p. 29 et s.

(11) Senn : *De la justice et du Droit,* notamment p. 4 et s.

bonnes mœurs et non pas en se fondant sur l'opinion commune : l'homme agira suivant les bonnes mœurs, s'il respecte les « principes naturels » (12) : principes de bonne foi, obligation de procréer, d'élever des enfants, d'observer la « religio », la « pudor », la « reverentia », etc... Désormais attenter aux « bonnes mœurs », ce n'est plus seulement se rendre coupable d'une atteinte aux principes du droit, mais à l'éthique, à la morale : le concept de « boni mores » est donc devenu singulièrement plus large.

Il l'est en effet devenu, car on n'a jamais abandonné les anciennes conceptions : les bonnes mœurs, en dépit du nouveau fondement qu'on leur a donné, restent néanmoins toujours les « mores civitatis », que l'on a tendance à considérer comme « boni ». — Un examen rapide de quelques textes du Digeste va en fournir la preuve.

Il est contraire aux mœurs de la Cité qu'un homme libre soit vendu (13), ou que du poison fasse l'objet d'une convention (14) : on n'admet pas plus aisément un contrat portant sur des « res sacrae » (15) : toutes ces choses sont hors-du-commerce, car leur aliénation serait « adversus bones mores civitatis ». D'une façon générale le préteur ne reconnaît pas la validité des conventions contraires aux principes du droit : « Ait Praetor, adversus bonos mores, sic accipiendum, non

---

(12) Senn : *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, op. cit.*, p. 60 et s.
Lyskowski : *op. cit.*, p. 31 et 32.
(13) D. 18.1.70.
(14) D. 18.1.30.32.
(15) D. 18.1.22. ; D. 45.1.83.5.

ejus qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores hujus civitatis » (16). Si le consentement d'une partie a été obtenu, grâce à l'emploi de manœuvres violentes, le prêteur interviendra ici encore : « Sed vim accipimus atrocem, et eam quæ adversus bonos mores fiat » (17). Citons enfin un certain nombre de cas où le concept de « boni mores » conserve encore son sens originaire, dans des fragments d'Ulpien, Marcien, Julien (18). A côté de ces fragments, il en est d'autres, où l'expression de « bonnes mœurs » est tributaire de la philosophie nouvelle; agir « contra bonos mores », signifie alors agir « turpe » (19); le plus caractéristique à cet égard est un texte de Papinien, au Livre XVI « Quaestionum » ..... « nam quæ facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt : nec facere, nec posse credendum est ».

V. En conclusion de ce bref exposé du droit Romain, il est donc possible de dire que le terme même « d'Ordre Public », ne se trouve dans aucun texte du Digeste. Peut-être serait-on tenté de faire état d'un fragment d'Ulpien : « Privatorum conventio juri publico non de-

---

(16) D. 47.10.15.6.

(17) D. 4.2.3.1 ; V. également Monier : « *Manuel élémentaire de Droit Romain* », 2e éd., 1940, tome 2, n° 33 : « *L'injuria* » dans l'édit du prêteur, était le fait de causer un dommage à quelqu'un, contrairement aux mœurs de la cité ».

(18) D. 28.7.14 ; D. 45.1.61 ; D. 2.14.7.

19) V. à titre d'exemple : D. 2.14.27.4 ; D. 45.1.26 et 27 ; D. 45.1.123 ; D. 47.10.15.2.

rogat » (20) ; « Jus publicum » serait alors synonyme « d'Ordre Public »; pourtant il n'en est rien et pour s'en convaincre il n'est que de considérer la définition que cet auteur donne du « Jus publicum » : .... « est, quod ad statum rei romanæ spectat. Privatum quod ad singulorum utilitatem » (21). Pour lui il s'agit de « droit public » et non pas de l'Ordre Public; du droit qui regarde le « statut » de la cité. Ici seul le concept de « mores civitatis » exprime les exigences de l'ordre social romain, les limites apportées aux volontés des particuliers. L'Ordre Public à Rome, voit donc son domaine et son contenu délimités par les habitudes, les usages et les façons d'agir des citoyens romains eux-mêmes.

On agit conformémnet à l'Ordre Public romain, lorsqu'on agit comme le ferait un citoyen romain, respectueux des coutumes de sa cité. Ce sont donc les *principes mêmes du Droit Romain*, ses *caractères spécifiques*, qui constituent à cette époque l'Ordre Public. Evidemment l'influence de la philosophie grecque s'est fait profondément sentir, mais l'affirmation que les principes essentiels du Droit constituent l'Ordre Public Romain ne subit du fait de cette intrusion aucun échec; l'Ordre Social est toujours fondé sur ces règles essentielles, mais ce sont ces principes eux-mêmes qui ont évolué : la notion demeure, seul son contenu varie.

---

(20) D. 50, 17 *De regulis juris*, 45,1 ; rapprocher un texte de Papinien, D. 2, 14, 38 : « *Jus publicum, privatorum pactis mutari non potest* ».

(21) D. 1, 1, 1, 2 ; ces deux fragments de Papinien et d'Ulpien, seront le point de départ d'une fonfusion entre « Ordre Public » et « Droit Public ».

CHAPITRE DEUXIÈME

L'Ancien Droit

La période à laquelle correspond l'Ancien Droit est extrêmement vaste; elle englobe plusieurs siècles. Au cours de ceux-ci la notion d'Ordre Public ne pouvait manquer de subir des fluctuations : la doctrine, à vrai dire, s'y est intéressée assez tard, les auteurs, au début, n'en ont pas eu pleine conscience. L'idée, comme le terme d'Ordre Public n'apparaîtront qu'assez rarement dans les textes. Il n'en reste pas moins qu'elle est passée par un certain nombre de stades qu'il s'agit maintenant de retracer.

SECTION PREMIÈRE

L'Ordre Public dans le Très Ancien Droit

I. — Avant de noter les manifestations du concept d'Ordre Public à cette époque, indiquons rapidement l'aspect revêtu alors par la théorie des obligations (1).

(1) ESMEIN : *Etudes sur les contrats dans le Très Ancien Droit Français*, Paris, 1883, p. 33.

Les auteurs sont d'accord pour reconnaître que « la matière des obligations est toujours la moins développée dans toutes les lois barbares. Elle exige une analyse trop subtile, et ne se forme que dans les pays où l'industrie et le commerce sont florissants » (2). Il y a alors deux grandes catégories de contrats : ceux qui se forment « re », et ceux qui sont soumis à une « formalité ».

La vente, de consensuelle qu'elle était à Rome, devient réelle; on exige, pour qu'elle soit parfaite, l'exécution des prestations. Evidemment on est parvenu assez rapidement à se contenter d'une exécution partielle, voire de la remise d'arrhes; le seul consentement ne suffit pas à obliger, l'exécution est primordiale (3). Plus tard, l'époque Franque révolue, on admit que l'exécution partielle pourrait être figurée par le « denier à Dieu », ou la « paumée » (4).

Si le contrat ne nécessite pas une prestation (par exemple le cautionnement, la caution ne recevant rien du créancier), il ne se formera pas pour autant « solo consensu »; ici on aura recours au contrat formaliste, du droit germanique, la « fides facta ». Ce dernier mode de contracter trouvait également son application dans les fiançailles et le lien de vassalité. Tels sont les principes élémentaires qui dominent, dans le Très Ancien Droit, la matière des obligations et des contrats.

---

(2) DARESTE : *Nouvelles études d'histoire du Droit*, 3e série, p. 149; dans le même sens, BEAUNE : *Droit Coutumier Français. Les contrats*, p. 9 et s.

(3) ESMEIN, *op. cit.*, p. 11 et s.

(4) ESMEIN, *op. cit.*, p. 24 et sè

II. — Que les allusions, à la notion d'Ordre Public (que l'on ne trouve d'ailleurs pas encore mentionnée expressément), ou à celle de bonnes mœurs, soient rares à cette époque, ce n'est pas pour surprendre, après le bref rappel qui vient d'être fait des idées dominantes. En revanche, les quelques textes qui en parlent, méritent d'autant plus d'être cités.

On trouve en premier lieu, un texte de Pierre de Fontaines (5) : « Convenance faite por laide cause, ou par tricherie, ou contre bons meurs, ou contre loi... n'est mie à tenir ». Il y a donc là une limite à la fantaisie des particuliers; leurs « convenances », leurs accords doivent être conformes à certains principes.

C'est une formule assez semblable que l'on trouve employée dans un texte célèbre (6) : « Bien sachés que tous convenances que les hommes font entre aus doivent estre tenus, parce que les convenans ne soient contre lei ne contre bonnes coustumes, car convenant venque ley » (7). Ici on voit apparaître l'idée, que l'adage « convenances vaint loi », ne s'appliquera pas, si l'accord des particuliers a porté sur un objet contraire aux lois ou aux « bonnes coustumes », aux bonnes mœurs. Mais, si intéressants que soient ces deux fragments, ils ne nous disent nullement ce qu'ils entendent par « bonnes mœurs » : la réponse à cette question va nous être fournie par plusieurs passages de Beauma-

---

(5) Pierre de Fontaine, « *Conseil à un ami* », XV, 1.

(6) Assises de Jérusalem, Cour des Bourgeois, ch. CIII, édit. Beugnot, t. 2, p. 75.

(7) Le passage est cité par Esmein, *op. cit.*, p. 29, avec une orthographe légèrement différente.

noir (8); notamment le chapitre 34, des « Coutumes du Beauvaisis », donne à maintes reprises, des exemples de « «convenances » contre les « bones meurs ».

§ 999 : « Toutes convenances sont à tenir, et pour « ce on dit, « convenance vaint loi », exceptées les « convenances qui sont faites par mauveses causes. Si « comme uns hons convenance à un autre qu'il tuera « un homme pour C. lb., ou afolera ou batra, tout soi « ce que cil fera ce qu'il lui a en convent, du batre ou « du tuer, n'est pas cil tenus a paier les C. lb., qu'il « lui convenança, car teus convenances ne sont pas a « tenir »...

§ 1000 : « Autres convenances i a encore qui ne sont « pas à tenir : si comme se je convenance a paier detes « de ju de dés ou d'usure, ou je convenance a un « homme que je li ferai lait a li ou a autrui, ou aucune « chose qui li serait plus greveuse que pourfitable, teus « manières de convenances ne sont pas a tenir ».

§ 1025 : « Convenance qui est fete contre droit, — « si comme se je donne en mon testament plus du quint « de mon eritage, ou si je donne à ma femme première « plus de la moitié de mon eritage, ou a ma seconde « femme plus du quart, ou se je donne par convenance « a l'un de mes enfants tant que li autres en seraient « deserité s'il estoit soufert —, toutes teux convenan- « ces ne doivent pas estre tenues. Et ce que l'en dit : « « Convenance loi vaint », c'est à entendre de sa « propre chose qui n'est pas obligée a autrui par cous-

---

(8) Philippe de Beaumanoir : *Coutumes du Beauvaisis*, édition Salmon, tome 2.

« tume; car voirs est que mes eritages par coustume « est obligée a mes oirs se je ne le vent ou se je le donne « a mon vivant pour certaines cause resnable; ne je « ne puis pas mon eritage chargier de douaire que « selonc ce que coustume donne, et pour ce ne sont pas « teus convenances a tenir. »

§ 1026 : « Convenance qui est fete contre bonnes « meurs — si comme se jé convenance que jé ferai « aucun larrecin ou aucun lait fet, ou que je me lerai « excommenier, ou que je porterai faus tesmoing, ou « que je batrai aucune personne, ou que je lui repro- « cherai son mal, — toutes teles convenances ne sont « pas a tenir et, se l'en le jura a fere... car tout ce « qui est convenancié pour malice fere et contre « bonnes meurs peut estre rapelé ».

Ces textes sont très explicites. Beaumanoir dans chacun de ces fragments donne des exemples de conventions « qui ne sont pas à tenir », en raison des circonstances dans lesquelles elles sont intervenues.

A tous ces accords de volonté on ne pourra pas faire application de l'adage, « convenances loi vaint » ; la volonté des particuliers ne peut pas aller à l'encontre des bonnes mœurs, de l'ordre social établi de même qu'elle ne peut pas porter atteinte à certaines règles précises des coutumes : à ce dernier point de vue, Beaumanoir cite l'interdiction de disposer par testament au delà du cinquième de son héritage. D'une façon générale toutes ces conventions ne méritent pas d'être valables; ici, c'est en quelque sorte, la loi qui « vaint » la convention; cette dernière ne devra pas tourner les mœurs publiques, les principes du droit; ce sont des

règles générales qui forment une barrière infranchissable aux accords des individus. Si l'on ne trouve pas ici, le terme même d'Ordre Public, du moins y aperçoit-on, de même qu'en Droit Romain, des concepts voisins, encadrant une notion analogue de l'ordre social.

III. Tandis que Beaumanoir marque une nouvelle étape dans l'évolution de la notion d'Ordre Public, celle-ci, à la même époque, entre en jeu sur un plan tout différent, mais non moins capital : celui du droit canonique. A ce dernier point de vue, elle devait jouer un rôle important dans le problème de la validité du « serment promissoire », question où elle ne pouvait manquer de mettre en conflit canonistes et légistes.

En ces temps troublés des treizième et quatorzième siècles, s'était introduit l'usage d'affermir tout contrat par un serment (9). Ici perce nettement l'influence de la « stipulatio » romaine et de la « fides facta » germanique. En effet, qu'est au juste ce serment ? Quels sont ses caractères et ses effets ?

A vrai dire, ce n'est pas un contrat, mais plutôt un « mode de contracter », un moule à contrat (10) : « C'était non un contrat ayant un objet fixe et immuable, mais un mode de contracter d'une application générale et d'une énergie singulière. Comme la stipulatio du Droit Romain, il pouvait s'appliquer à tout

---

(9) Esmein : *Le serment promissoire dans le Droit canonique*, « Nouvelle Revue historique de Droit Français et Etranger », 1888, p. 248 et s., p. 311 et s.

(10) Girard, *op. cit.*, p. 516, p. 521-522.

objet licite; et comme on va le voir, le champ des objets licites était ici singulièrement étendu » (11). Il donnait lieu à l'accomplissement de certains gestes (par exemple, apposition de la main sur des reliques), et au prononcé de la formule même du serment : « per Deum juro et sic me Deus adjuvet »; on prend donc Dieu à témoin de la promesse que l'on fait; il serait même plus exact de dire que Dieu en était le véritable créancier, car c'est au fond envers lui seul que l'on contracte, le créancier ordinaire est simplement « adjectus solutionis gratia », l'engagement dont il bénéficie n'est que l'accessoire de la promesse principale faite à Dieu lui-même; et cette dernière circonstance entraînait des répercussions importantes (12) : le serment sera unilatéral, abstrait de sa cause, faisant naître une créance imprescriptible, perpétuelle et passivement intransmissible; de plus on n'admettra pas facilement qu'on en soit délié : la seule exception admise serait le cas où son exécution même mettrait en péril le corps du promettant, ou le salut de son âme : « au diable on n'est pas obligé de tenir un serment » (13). D'ailleurs il peut se présenter sous deux aspects; ou bien il sert à créer une obligation nouvelle, c'est le serment promissoire, ou bien il est employé uniquement pour renforcer une obligation préexistante, c'est le serment confirmatoire (14).

---

(11) Esmein, *op. cit.*, p. 263.

(12) Esmein, *op. cit.*, p. 264 et s.
Brissaud : *Cours d'histoire générale du Droit Français Public et Privé*, tome 2, p. 1404 et s.

(13) Brissaud, *op. cit.*, p. 1404.

(14) Brissaud, *op. cit.*, p. 1404 et s.; Esmein, *op. cit.*, p. 2660 et 261.

Le serment promissoire permet de réaliser une foule d'actes qui normalement eussent été prohibés par le droit civil ou même par le droit canonique; grâce à lui seront valables les aliénations du fonds dotal par la femme, les renonciations au Velleien, au Macédonien, à une succession future, une donation entre époux prohibée par la loi; et pourtant ce sont là tous actes qui n'auraient eu jure civili, aucune valeur. On admit également, ce qui au premier abord semble exorbitant, la validité du serment par lequel on jurait de payer des intérêts, et pourtant il y avait bien là une prohibition de droit divin! (15). Toutefois, la force reconnue au serment promissoire n'était pas sans limites; à ce sujet citons en entier un passage de l'article d'Esmein, auquel on doit toujours se référer en définitive lorsqu'on traite de cette matière : « Cependant les canonistes, sans répudier ce principe (16), cherchèrent à y apporter des tempéraments. Ils décidèrent que le serment ne serait point obligatoire lorsqu'il serait contraire aux bonnes mœurs. Mais ils prirent le terme « boni mores » dans un sens étroit et particulier. Ils entendirent par là l'équité naturelle ou « boni mores naturales », par opposition aux règles introduites par les lois arbitraires de la Société, ou « boni mores civiles », c'était la première seulement que le serment ne pouvait pas transgresser. La raison de cette distinction était que l'équité naturelle, considérée comme l'œuvre de Dieu même, est immuable et essentielle, l'équité civile au contraire est

---

(15) Esmein, *op. cit.*, p. 274.

(16) Le principe de la force quasi-absolue du serment promissoire.

l'œuvre des hommes, variable par suite et contingente. Cela revenait à peu de chose près à la règle fondamentale d'après laquelle le serment perdait sa force quand il conduisait au péché. Les canonistes ne s'arrêtèrent pas là : ils déclarèrent encore nul le serment lorsqu'il était contraire à une loi et à une prohibition reposant sur l'intérêt public. Mais il fallait pour cela que la prohibition reposât principalement sur l'intérêt public (17); il ne suffisait point qu'elle fût fondée en partie et secondairement sur l'intérêt public, si en première ligne elle avait pour but de favoriser l'intérêt privé. De même le serment était valable lorsqu'il violait simplement une prohibition édictée par la loi en haine de cetraines personnes. De cette manière l'idée d'intérêt public était souvent écartée. Le droit canonique la mettait surtout en pleine lumière, quand il s'agissait des intérêts et de l'organisation de l'Eglise; c'est ainsi qu'il décidait qu'un clerc ne pouvait pas consentir valablement, même par serment, à être poursuivi devant une juridiction laïque » (18).

A côté du serment promissoire, proprement créateur d'une obligation nouvelle, on utilisait encore plus fréquemment, le serment pour « consolider » et « confirmer » une obligation préexistante née d'une autre cause; c'était le domaine d'application du serment « confirmatoire »; ici l'engagement envers Dieu joue un rôle novatoire; de même que la stipulation romaine (19) ser-

---

(17) Esmein vise ici un commentaire Panormitien sur C. 28. X « De jure jurendo », nº 5, où ce dernier parle de... « bono publico... »

(18) Esmein, *op. cit.*, p. 270 à 272.

(19) Girard, *op. cit.*, p. 739.

vait souvent à transformer une obligation née en une obligation à caractère formaliste et de droit strict, de même le serment transforme une obligation préexistante en un engagement envers Dieu. La question capitale qui se pose immédiatement, est celle de savoir si le serment avait le pouvoir de rendre valable une obligation nulle « jure civili » ou « jure pontificio »; la mesure dans laquelle cette obligation était confirmée, donna lieu, entre auteurs, à de vives discussions (20); évidemment le serment en lui-même était toujours valable, tant qu'il ne heurtait pas les « boni mores naturales », mais pour savoir si le contrat auquel il était adjoint était consolidé, il semble qu'on eut recours assez fréquemment à la distinction des obligations nulles « ipso jure » ou « exceptionis ope », les secondes étant seules validées par le serment.

C'est à Bartole que revient le mérite d'avoir présenté une théorie cohérente sur la question de la confirmation par un serment d'un contrat nul ou annulable; il distingue suivant le motif de la prohibition (21). Et il admet que, si le contrat est prohibé parce que contraire aux « boni mores civiles », le serment ne le confirme pas (pacte sur succession future, clauses restreignant la liberté de mariage) (22. De même, si le contrat est annulé comme contraire « principalement » à l'intérêt public, le serment, bien que valable en lui-même, ne peut le faire revivre; il n'en serait plus de même si la nullité du contrat était prononcée dans l'intérêt des particu-

---

(20) Brissaud, *op. cit.*, p. 1405.

(21) Brissaud, *op. cit.*, p. 1405, note 2.

(22) Esmein, *op. cit.*, p. 328 et 329.

liers principalement, quoiqu'elle repose aussi, mais en seconde ligne, sur l'intérêt public, « ratione publicæ utilitatis secundario ».

Section deuxième

L'Ordre Public aux XVI^e^ et XVII^e^ siècles ; Domat

I. — Le droit séculier ne devait pas rester insensible aux développements, il ne serait même pas exagéré de dire, aux empiétements du serment (1). Au Moyen-Age il avait été obligé d'en reconnaître entièrement la force ; on admettait notamment la confirmation des actes nuls « jure civili », et la compétence des cours d'Eglise pour connaître de toute violation de serment. Le résultat le plus clair de toute cette évolution, fut que toute prohibition de la loi civile restait illusoire, le serment permettant toujours de la tourner.

On attaqua de divers côtés et à l'aide de moyens variés cette omnipotence ; c'est ainsi que l'on admit le prince à faire remise, à l'avance, par voie de mesure générale de tout serment considéré comme violant une loi déterminée. D'autre part les jurisconsultes, insistant sur l'idée que le droit canonique ordonne, sans aucune ambiguité, au fidèle d'obéir aux lois civiles, montrè-

---

(1) Esmein : *Le Serment Promissoire dans le droit canonique*, « Nouvelle Revue historique de Droit Français et Etranger », année 1888, p. 332 et suiv.

rent que c'était bien pécher que de s'engager par serment à les tourner; un tel serment était illicite. On voit alors reprendre au XVI[e] siècle la théorie esquissée deux siècles auparavant par Bartole; on déclare nul tout serment contraire à une disposition de loi, comme portant atteinte aux bonnes mœurs et à l'intérêt public. Désormais on n'englobe plus seulement dans la notion de « boni mores », « l'équité naturelle », mais aussi les lois civiles. Ce qu'il importe de noter, c'est la transformation subie par la notion de bonnes mœurs, d'intérêt public (2), envisagée à l'origine comme ayant une source divine, elle permettait dans des cas exceptionnels de repousser une volonté qui tentait d'éluder l'ordre établi dans l'Eglise, plus tard on en vint à la considérer, bien qu'admise toujours, à titre de commandement de Dieu, dans son rôle de défenseur de l'ordre établi par les lois civiles. Déroger aux lois civiles, c'est violer l'ordre social établi. Mais on éprouve encore à cette époque le sentiment confus qu'une telle prohibition ne se justifie que si elle émane de Dieu, aussi a-t-on soin de relever, dans les Ecritures, les textes qui proclament la nécessité de se soumettre aux lois édictées par le prince. Il n'en reste pas moins que la notion d'intérêt public s'est, au cours du XVI[e] et au début du XVII[e] siècles, en quelque sorte « sécularisée » (3); elle sert désormais à défendre les lois civiles.

---

(2) Tison : *Le Principe de l'autonomie de la volonté dans l'Ancien Droit Français*, thèse, Paris 1931, p. 97 et s., 160 et suiv.

(3) Tison, *op. cit.*, p. 160 et 161.

II. — On trouve bien encore chez Loysel (4) la règle : « Convenances vainquent loi » (5) qu'il a empruntée à Beaumanoir et à Pierre de Fontaines, mais Eusèbe de Laurière, au siècle suivant, notera que : « c'est un principe certain qu'on ne peut point déroger aux lois par des conventions particulières... mais quand les lois n'ont été faites que pour suppléer des conventions omises dans les contrats, on y peut déroger par des conventions contraires, et, dans ce cas, il est vrai de dire que « convenances vainquent loi ». Par exemple lorsqu'il n'y a point de contrat de mariage, ou qu'il y en a un dans lequel il n'est rien dit du douaire, le douaire suivant l'article 237 de la coutume de Paris, sera de l'usufruit de la moitié des biens immeubles que le mari possédait au jour des épousailles. Voilà une loi générale. Mais cette loi n'empêchait point que, par un contrat de mariage, on ne puisse stipuler que le douaire ne sera que de l'usufruit du quart des biens immeubles du mari, ou qu'il n'y en aura point; et l'on peut, par la même raison, stipuler qu'il n'y aura point de communauté, contre la disposition de l'article 220, qui décide que l'homme et la femme conjoints par mariage sont communs »...

III. — C'est à Domat que revient le mérite d'avoir présenté, pour la première fois, une théorie cohérente de l'Ordre Public; c'est d'ailleurs dans son œuvre que l'on

---

(4) « Institutes Coutumierer » d'Antoine Loysel, notes d'Eusèbe de Laurière, nouv. éd., par Dupin et Laboulaye, Paris, 1846.

(5) Loysel, *op. cit.*, tome 1er, maxime n° 356, p. 358.

en rencontre le terme même. On ne se trouve plus en présence d'applications fragmentaires, dénuées du plus élémentaire esprit de synthèse. Il est au contraire possible de reconstituer, en se servant de divers passages de ses ouvrages, la conception qu'il s'était faite de la « notion » d'Ordre Public. On distingue d'ailleurs très nettement à ce sujet deux sortes de dispositions : celles où il envisage, dans leurs fonctions particulières les notions de bonnes mœurs, d'intérêt public, etc... et celles où il parle de « l'ordre » dont ces diverses notions ne sont que la manifestation :

Domat commence par énoncer le principe essentiel de la liberté des engagements : l'homme est libre de contracter comme bon lui semble, suivant les besoins dont il cherche la satisfaction en s'adressant à ses semblables :

« Les conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes qui se font entre eux une loi d'exécuter ce qu'ils promettent. L'usage des conventions est une suite naturelle de l'ordre de la société civile, et des liaisons que Dieu forme entre les hommes. Car comme il a rendu nécessaire pour tous leurs besoins l'usage réciproque de leurs industries et de leur travail, et les différents commerces des choses; c'est principalement par les conventions qu'ils s'en accommodent. Ainsi pour l'usage de l'industrie et du travail, les hommes s'associent, se louent et agissent différemment les uns des autres. Ainsi pour l'usage des choses lorsqu'ils ont besoin de les acquérir ou de s'en défaire, ils en font commerce par des ventes et par des échanges; et lorsqu'ils n'ont besoin de les avoir que pour un temps, ils les louent

ou les empruntent ; et selon les autres divers besoins, ils y assortissent les différentes sortes de conventions » (6).

Dans ce fragmment, Domat pressent avant l'heure et sans d'ailleurs les formuler « expressis verbis », les grandes règles de la division du travail et de la diversité des besoins. Mais si les engagements volontaires, si les conventions peuvent se modeler sur les besoins qu'ils ont pour but de satisfaire, il doit y avoir cependant une limite à cette liberté : « Que les engagements volontaires entre les particuliers devant être proportionnés aux différents besoins qui leur en rendent l'usage nécessaire, il est libre à toutes personnes capables des engagements, de se lier par toute sorte de conventions, comme bon leur semble, et de les diversifier selon les différences des affaires de toute nature, et selon la diversité infinie des combinaisons que font dans les affaires les conjonctures et les circonstances. Pourvu seulement que la convention n'ait rien de contraire à la règle qui suit ». Et plus loin : « ...tout engagement n'est licite qu'à proportion qu'il est conforme à l'ordre de la société ; et que ceux qui le blessent sont illicites et punissables, selon qu'ils y sont opposés. Ainsi les emplois contraires à cet ordre sont des engagements criminels. Ainsi les promesses et les conventions qui violent les lois et les bonnes mœurs, n'obligent à rien, qu'aux peines que peuvent mériter ceux qui les ont faites » (7).

---

(6) Domat : *Les Loix civiles dans leur ordre naturel.* Première partie, Livre 1er : « Des engagements volontaires et mutuels par les conventions », préliminaire.

(7) Domat : *Traité des Loix,* Des Premiers principes de toutes les lois, ch. 4, 9 et 10.

Et cette prohibition, pour bien la marquer, il en répète le principe : « Comme les conventions sont arbitraires, et se diversifient selon les besoins; on peut en toute sorte de conventions, de contrats et de traités, ajouter toutes sortes de pactes, conditions, restrictions, réserves, quittances générales et autres, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs » (8). Quand donc une convention sera-t-elle illicite, car il ne suffit pas de proclamer qu'on ne peut porter atteinte aux lois ni aux mœurs, encore faut-il préciser davantage : « Les conventions illicites sont celles qui blessent les lois. Et comme il y a deux sortes de lois, celles qui sont du droit naturel et celles qui sont du droit positif, il y a aussi deux sortes de conventions illicites; celles qui blessent le droit naturel et les bonnes mœurs, et celles qui sont contraires au droit positif. Ainsi il est contre le droit naturel et les bonnes mœurs de traiter pour commettre un vol, ou un assassinat; et ces sortes de conventions sont d'elles-mêmes criminelles, et toujours nulles... Ainsi il est illicite, par le droit positif, de vendre aux étrangers de certaines marchandises, lorsqu'il y en a défenses par quelques lois » (9).

Très fréquemment la convention portera renonciation à un droit, ici encore elle ne doit avoir rien de contraire aux lois ni aux mœurs : « En toutes conventions, chacun peut renoncer à son droit, et à ce qui est à son avan-

---

(8) Domat : *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* Partie 1, Livre 1, titre 1, sect. 4, I.

(9) Domat, *op. cit.*, I, I, 18, 4, 1. Voir aussi le paragraphe 2, de la même section, où l'auteur explique que la convention illicite est celle qui heurte l'esprit et l'intention de la loi.

tage; pourvu que ce soit sans blesser l'équité, les lois et les bonnes mœurs ni l'intérêt d'un tiers » (10). Ce qui ne fait que reprendre une idée développée par lui quelques pages plus haut : « Il est libre aux personnes capables d'user de leurs droits, de renoncer à ce que les lois établissent en leur faveur... Mais cette liberté de renoncer à son droit ne s'étend point au cas où des personnes tierces en seraient intéressées, ni à ceux où la renonciation à son droit serait contraire à l'équité ou aux bonnes mœurs ou à la défense de quelque loi » (11). L'engagement pris en violation de ces règles, serait nul, et à ce sujet Domat distingue d'ailleurs deux sortes de nullités : « Les conventions sont nulles, ou par l'incapacité des personnes... ou par quelque vice de la convention, comme si elle est contraire aux bonnes mœurs, ou par quelque autre défaut... » (12) et il ajoute : « Les nullités des conventions sont ou naturelles ou dépendantes de la disposition de quelque loi. Ainsi les conventions contraires aux bonnes mœurs, comme un traité sur la succession future d'une personne vivante, et celles qui sont impossibles sont naturellement vicieuses et nulles. Ainsi c'est par une loi que la vente d'un bien substitué est illicite et nulle » (13).

B. Dans ces fragments, Domat a ainsi analysé, mis à nu en quelque sorte dans leurs fonctions, les notions

---

(10) Domat : *Les loix civiles*, I, I, 1, 4, 4.

(11) Domat : *Les lois cibiles*. Livre prélim., titre 1, sect. 2, art. 27.

(12) Domat, *op. cit.*, I, I, 1, 5, 3.

(13) Domat : *Les Loix civiles*, I, I, 1, 5, 6.

de bonnes mœurs, d'illicéité, de prohibition légale. Mais s'il s'en était tenu à cette description, sa théorie n'aurait pas réalisé un progrès sensible sur celle de ses prédécesseurs. Mais là ne s'arrête pas son effort; il a fait la synthèse de ces principes en un passage, dans l'intitulé duquel on voit figurer pour la première fois, *en marge* il est vrai, et non dans le texte, l'expression « d'Ordre Public », et qui mérite d'être rapporté en entier; on y lit :

« «Que tout homme étant un membre du corps de la société, chacun doit y remplir ses devoirs et ses fonctions selon qu'il y est déterminé par le rang qu'il occupe et par les autres engagements. D'où il s'ensuit que les engagements de chacun lui sont comme ses loix propres. Que chaque particulier, étant lié à ce corps de la société dont il est membre, il ne doit rien entreprendre qui en blesse l'ordre; ce qui renferme l'engagement de la soumission et de l'obéissance aux puissances que Dieu a établies pour maintenir cet ordre. Que l'engagement de chaque particulier a ce qui regarde l'ordre de la société dont il fait partie, ne l'oblige pas seulement à ne rien faire à l'égard des autres qui blesse cet ordre, mais l'oblige aussi de se contenir dans son rang, de telle manière qu'il ne fasse aucun mauvais usage ni de soi-même, ni de ce qui est à lui, car il est dans la société ce qu'est un membre dans un corps. Ainsi ceux qui sans faire tort à d'autres tombent dans quelque dérèglement qui offense le public, soit en leurs personnes, ou sur leurs biens comme sont ceux qui se désespèrent, ceux qui blasphèment ou qui jurent, ceux qui prodiguent leurs biens et tous ceux enfin qui violent les bonnes mœurs, la pudeur ou l'honnêteté d'une ma-

nière qui blesse l'ordre extérieur, sont justement punis par les loix civiles, selon la qualité du dérèglement » (14).

Il existe ainsi, pour Domat, un ordre dans la Société, public, qui assigne à chacun la place qu'il doit occuper, limite le champ de ses activités et de ses conventions, règle ses rapports avec ses semblables ; cet ordre, et ici nous retrouvons une idée dégagée dès le XVI[e] siècle (15), a été voulu par Dieu, qui en a confié la sauvegarde aux puissances terrestres, aux princes. Mais Domat ne se borne pas à reconnaître l'existence d'un ordre dans la société. Encore convient-il d'en déterminer, d'une façon plus précise, plus nette les caractères essentiels, c'est pourquoi il ajoute que « l'on doit regarder la religion comme le fondement le plus naturel de l'ordre de la Société ; car c'est l'esprit de la religion qui est le principe du véritable ordre où elle devrait être. Mais il y a cette différence entre la religion, et tous les autres fondements de la société, qu'au lieu que les autres sont communs partout, la vraie religion n'est connue et reçue qu'en quelques Etats ; et, dans ceux mêmes où elle est connue, son esprit n'y règne pas de sorte que tous en suivent les règles » (16).

La théorie de l'Ordre Public chez Domat se résume ainsi :

---

(14) Domat : *Traité des Loix*, ch. V, § 2 et 3. Comme nous l'avons dit au texte, l'expression Ordre Public s trouve *en marge* de ce fragment de Domat que nous venons de rapporter.

(15) Voir § 2 ci-dessus.

(16) Domat : *Traité des Loix*, ch. IX, 8.

1re idée. Il existe dans la société un ordre extérieur, l'Ordre Public.

2e idée. Cet ordre, d'origine divine, est essentiellement fondé, dans les sociétés occidentales, sur les principes de la morale chrétienne.

3e idée. On ne peut par des conventions particulières, des renonciations, « blesser » les bonnes mœurs ni déroger aux lois qui intéressent l'Ordre Public, sous peine de nullité.

Section troisième

L'Ordre Public au XVIIIe siècle

Si la notion d'Ordre Public est souvent invoquée par les auteurs au XVIIIe siècle, par contre, on n'y rencontre plus une « théorie » de l'Ordre Public, aussi remarquablement construite que celle dont Domat tentait l'ébauche, au siècle précédent; il semble qu'après ce puissant essai de synthèse, les auteurs se bornent à consacrer quelques solutions de détail qui n'ajoutent rien à l'idée essentielle qui préside à leur naissance.

I. — On trouve toujours l'affirmation que les conventions, les engagements volontaires des particuliers doivent être exécutées à l'exception de ceux qui blesseraient les mœurs ou l'Ordre Public; c'est ainsi qu'Argou déclare que : « Parmi nous, toutes les conventions qui ne sont ni contre les loix, ni contre les bonnes mœurs, et qui ne sont fondées ni sur le dol, ni sur la surprise de celui au profit duquel elles sont faites

doivent être exécutées dans toute leur étendue... » (1). D'ailleurs d'une façon générale on peut insérer dans un contrat les clauses les plus diverses à condition qu'elles ne heurtent pas l'Ordre Social, les loix, ni les bonnes mœurs : « On peut dans tous les contrats insérer des clauses qui ne sont point de la nature du contrat. Comme il est permis aux parties de mettre dans les contrats toutes les clauses et toutes les conditions que bon leur semble, à moins qu'elles ne soient contre les loix ou contre les bonnes mœurs » (2).

II. — Mais il ne suffit pas de poser ce principe très général, encore convient-il de serrer de plus près cette notion d'ordre social, de bonnes mœurs. C'est ainsi que Pothier, dans son traité des obligations, dont si souvent les rédacteurs du Code Civil se sont inspirés, donne quelques exemples de conventions illicites (3) : d'après lui, lorsque la cause pour laquelle l'engagement a été contracté, est une cause qui « blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes mœurs », cet engagement est nul, et à titre d'exemple il cite la convention qui interviendrait entre le saisi et l'adjudicataire pour la remise du titre de propriété, alors que le saisi a l'obligation légale de le délivrer; d'ailleurs pour lui, un fait qui est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs « est semblable à celui qui serait absolument impossible » (4).

---

(1) Argou : *Institution au Droit français*, 1771, 2 volumes, tome 2, p. 336, publié par Boucher d'Argis.

(2) Argou, *op. cit.*, p. 337 et 338.

(3) Pothier : *Œuvrer*, éd. Bugnet, tome 2, Paris, 1848, n° 15, p. 12 et suiv., p. 25 et suiv.

(4) Pothier, *op. cit.*, p. 65.

D'une façon générale les développements de Pothier n'apportent sur ce point rien de spécialement remarquable, il se borne à énoncer la règle et à donner quelques applications, et c'est tout; tout au plus pourrait-on retenir un autre fragment, où il déclare, après avoir étudié les contrats assujettis par le droit civil à certaines formes, à certaines règles... « Les autres conventions ne sont, d'après nos mœurs, assujetties à aucunes formes, ni à aucunes règles arbitraires, prescrites par la loi civile; et pourvu qu'elles ne contiennent rien de contraire aux « lois et aux bonnes mœurs », et qu'elles interviennent entre personnes capables de contracter, elles sont obligatoires et produisent une action » (5), car on y voit clairement indiquée la distinction que tous les auteurs de l'Ancien Droit admettaient entre les « loix » en général, et les loix arbitraires, les loix civiles; par « loix », ils entendent non pas telle ou telle règle législative, mais l'ensemble des principes qui dominent le droit positif, et dans ce sens ils l'emploient fréquemment auprès du concept de bonnes mœurs.

On note aussi dans les « Principes » de Poullain Du Parc quelques indications concernant les règles auxquelles il est interdit de déroger par des conventions particulières, mais ces quelques notions se trouvent mêlées par l'auteur à la question des statuts, notamment à celle des statuts prohibitifs ou négatifs : « Les statuts réels ou personnels peuvent être prohibitifs, c'est-à-dire que les particuliers ne peuvent y déroger par aucune convention... on peut faire des conventions qui rendent sans effet la disposition du statut lorsqu'il

(5) POTHIER. *op. cit.*, p. 12.

n'est qu'exclusif et négatif et non pas prohibitif ; car le statut exclusif ou négatif n'exclut que les droits sur lesquels il n'y a point de conventions (6)... Il est difficile, ajoute-t-il, de donner des règles pour distinguer clairement, et en toutes occasions, les vrais caractères de ces deux différents statuts... j'observe seulement que les statuts qui établissent des formalités, qui règlent l'incapacité des personnes pour contracter, pour donner ou recevoir, pour succéder, qui fixent des bornes, sur l'étendue des droits de chaque héritier, sur l'étendue des donations et des douaires, sur tout ce qui est de droit public, et sur tout ce qui concerne les droits des tierces personnes, sont prohibitifs et ne peuvent être altérés par les conventions des particuliers (7). D'ailleurs ce n'est pas seulement la constitution directe d'un droit qui pourra se heurter aux « loix ou aux bonnes mœurs », mais aussi son acquisition par voie indirecte, par prescription : « L'on ne prescrit pas contre le Droit naturel, parce qu'il n'y a aucune autorité qui le puisse changer, et toute prescription ou coutume qui y serait contraire devrait être rejetée... ; il en est de même de tout ce qui induirait au péché, et qui établirait un droit ou une chose intolérable par son injustice... ; et tout comme une convention contraire aux bonnes mœurs n'obligerait pas (generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti), la prescription ne courrait pas en cette occasion parce qu'elle doit

---

(6) Poullain Du Parc : *Principes du Droit Français suivant les maximes de Bretagne,* Rennes, 1770, tome 8, ch. 20, p. 202.

(7) Poullain Du Parc, *op. cit.*, p. 204.

supposer la possibilité d'un titre valable » (8). Et c'est à des conclusions presque semblables qu'aboutit Ferrière, lorsqu'il écrit : « Déroger à la loi, c'est faire des conventions contraires à sa disposition, de manière qu'elles la feraient cesser, si elles avaient leur exécution. On ne peut déroger aux loix par des conventions particulières, quand elles établissent un droit public, qui concerne plutôt le bien de tous les citoyens, que l'intérêt des particuliers » (9)..., et il ajoute plus loin, après avoir constaté cette fois que l'on ne peut pas renoncer au droit public : « On permet néanmoins dans les contrats de mariage de s'écarter du Droit commun par des conventions particulières » (10).

---

(8) DUNOD : *Traité des prescriptions,* 3e éd., Paris, 1753, p. 70.

(9) et (10) FERRIÈRE (Claude-Joseph DE) : *Dictionnaire de Droit et de Pratique,* 4e éd., Paris, 1758, tome 1er, p. 471 et 510. — On peut remarquer que Ferrière, copiant sur ce point certains textes du Digeste (D. 2.14.38 : « Jus publicum, privatorum pactis mutari non potest » ; et D. 50.17.45.1 : « Privatorum conventio juri publico non derogat ») parle de « *Droit Public* », et non pas comme Domat d'*Ordre Public;* évidemment il entend, par là, indiquer une limite à la liberté des conventions, mais il commet une certaine confusion. Il s'est bien rendu compte que l'on ne pouvait par des engagementss volontaires, aller à l'encontre de l'intérêt public, de l'Ordre social, mais il n'aurait pas dû se borner au Droit Public; quelle définition d'ailleurs en donne-t-il ? « Le Droit Public est celui qui regarde plus particulièrement l'Etat, comme les choses qui concernent la Religion, la guerre ou la paix, la création des magistrats et des loix (*op. cit.,* p. 530-531). — Or il est bien évident que telles ne sont pas les seules restrictions à la liberté des conventions : l'ordre social a une compréhension plus large : l'expression « droit public » est trop restrictive pour la notion

III. — Conclusion sur l'Ordre Public dans l'Ancien Droit (11).

A. En terminant ces dévelopements sur la notion d'Ordre Public dans l'Ancien Droit Français, constatons qu'après une suite de tâtonnements et d'applications particulières, cette notion a donné lieu, au XVII[e] siècle, à une intéressante tentative de Domat, à qui revient, sans conteste possible, le mérite d'en avoir dégagé quelques traits essentiels et indiqué les principes fondamentaux de sa mise en œuvre. Au XVIII[e] siècle, ses successeurs n'ont effectué, au développement de la notion qui nous occupe, aucun apport digne d'être noté.

B. Ajoutons toutefois une remarque ; les auteurs, dans l'Ancien Droit, ne parlent pas de lois d'Ordre Publci ; ils ne considéraient pas qu'il y eût des lois d'Ordre Public par nature, s'opposant à d'autres, qui ne seraient que d'intérêt privé (12); une loi n'est pas d'Ordre Public, en ce sens qu'il n'y a pas là un caractère qui lui soit indélébilement attaché, mais elle peut intéresser l'Ordre Public, étant entendu qu'il s'agit là d'un concept qui domine le droit positif, et qui sert

---

qu'elle tend à formuler ; ici encore ce sont les souvenirs du Droit Romain qui ont influé sur la définition qu'il donne ; V. (D. 1.1.1.2). « Publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat. Privatum, quod ad singulorum utilitatem ».

(11) V. sur ce point l'intéressante thèse, déjà citée, de Tison. « Le Principe de l'autonomie de la volonté dans l'Ancien Droit Français », Paris, 1931, notamment p. 154 et suiv.

(12) Tison, *op. cit.*, p. 151 et 162.

à exprimer les exigences de l'ordre social voulu par Dieu; cet ordre étant antérieur aux lois civiles, dont il constitue justement le cadre ainsi qu'aux conventions particulières pour lesquelles il joue le rôle d'une limite infranchissable.

On notera enfin l'imprécision de la terminologie à cette époque; les termes de « bonnes mœurs », « d'intérêt public », « d'Ordre Public », sont employés fréquemment sans grand discernement, les uns à la place des autres (13); et même, il est à remarquer que certains auteurs, sur la foi de textes du Digeste, parlent de « Droit Public ». Ce sont là des inexactitudes qui ne touchent pas au fond; ce qu'il importe de retenir c'est la notion capitale dont ils ne constituent que l'expression, et que l'on a essayé de rechercher dans les divers fragments, les divers textes de l'Ancien Droit Français.

(13) Tison, *op. cit.*, p. 158-159.

CHAPITRE TROISIÈME

Le Droit intermédiaire et le Code Civil

I. — On ne doit pas oublier que le Code Civil Français marque, en Droit, la dernière étape du bouleversement social que constitua la Révolution; en 1804 Bonaparte réorganise la Nation. Il n'en reste pas moins qu'il a emprunté aux « principes nouveaux » une grande partie de sa substance. Or ceux-ci se sont fait jour dans les divers projets qui ont précédé le Code actuel; son article 6, tel qu'il consacre de nos jours la notion d'Ordre Public, a eu des antécédents, sur lesquels il importe de revenir ici brièvement (1).

Le premier projet de Code Cvil, fut présenté par Cambacérès, à la Convention Nationale, le 9 août 1793; il était marqué au coin du plus pur esprit révolutionnaire et annonçait une réaction violente contre le Droit

(1) Sur la question de la codification V. FENET : *Recueil complet des travaux Préparatoires du Code Civil*, tome I, Paris, 1827, « Précis historique sur la confection du Code civil », p. XXXV—CXXXVIII.

de l'Ancien Régime; Cambacérès ne proclamait-il pas en effet (2) : « Portons dans le corps de nos lois, le même esprit que dans notre corps politique, et comme l'égalité, l'unité, l'indivisibilité ont présidé à la formation de la République, que l'unité et l'égalité président à l'établissement de notre Code Civil : que ce soit en un mot par le petit nombre des textes que nous arrivions à cette unité harmonique qui fait la force du corps social, qui en dirige tous les mouvements dans un accord merveilleux à peu près comme les lois simples de la création président à la marche et à l'harmonie de l'Univers ». Il ajoutait d'ailleurs que : « La volonté des contractants est la règle la plus absolue, elle ne connaît d'autres bornes que celles qui sont placées par l'intérêt général. Ainsi, les époux ne peuvent, dans le pacte matrimonial, ni éluder les mesures arrêtées pour opérer la division des fortunes, ni contrevenir au principe qui a consacré l'égalité dans les partages » (3). La liberté des volontés particulières est donc « absolue », à condition de ne pas essayer d'éluder les principes qui constituent l'enjeu de la lutte contre les préjugés de l'Ancien Droit; on ne veut pas que sous le couvert d'engagements volontaires, on revienne subrepticement à des mœurs que l'on espère abolies à jamais; c'est dans cet esprit, que le premier projet de Code Civil, mentionne à l'article 14, du titre I du livre 3, consacré aux « contrats » : « Le contrat vicieux à raison de la matière est celui dans lequel il se trouve des causes contraires à l'honnêteté publique

(2) FENET, *op. cit.*, p. 3.

(2) FENET, *op. cit.*, p. 4.

et à l'ordre social » (4). Cet article ne vint même pas en discussion ; tout au plus peut-on noter pour bien marquer les tendances de l'époque et la nature de « l'ordre social » que l'on désirait voir respecter, que la Convention, le 5 Brumaire an II, vota un certain nombre d'articles en appendice au Livre 2. Le premier de ces articles était ainsi conçu : « Est réputée non écrite toute clause impérative ou prohibitive insérée dans les actes passés même avant le décret du 5 septembre 1791, lorsqu'elle est contraire aux lois et aux mœurs, lorsqu'elle porte atteinte à la liberté religieuse du donataire, de l'héritier ou du légataire, lorsqu'elle gêne la liberté qu'il a, soit de se marier, ou remarier même avec des personnes désignées, soit d'embrasser tel état ou profession ou lorsqu'elle tend à le détourner de remplir les devoirs imposés, et d'exercer les fonctions déférées par les lois aux citoyens » (5).

Ce premier projet n'ayant pas reçu l'agrément de la Convention, Cambacérès, un an après, lui soumit un second texte, extrêmement bref ; pourtant son auteur déclarait solennellement que « régler les rapports des citoyens entre eux, c'est établir l'ordre civil et fonder l'ordre moral » (6) ; en ce qui concerne l'Ordre Public il reprenait presque textuellement la formule du premier projet : son article 148 déclarait que : « Les conventions sont susceptibles de toutes les dispositions que la loi ne prohibe pas. Celles qui blessent l'honnêteté publique et l'ordre social sont nulles » (7) ; et il est

(4) Fenet, *op. cit.*, p. 66.
(5) Fenet, *op. cit.*, p. XLIV.
(6) Fenet, *op. cit.*, p. 99.
(7) Fenet, *op. cit.*, p. 123-124.

certain que Cambacérès, étant donné l'allure encore plus révolutionnaire et « philosophique » de son second projet, entendait viser, en parlant de conventions blessant l'ordre social, tout engagement non conforme aux principes nouveaux, aux « immortels principes » !

Le second projet ne fit pas long feu : à peine lui consacra-t-on parcimonieusement deux séances, Cambacérès présenta en Messidor an IV, un troisième projet, dont le discours préliminaire indique le ton le plus modéré : « Aujourd'hui, y lit-on, que tout est changé dans l'ordre politique, il est indispensable de substituer aux lois anciennes, un code de lois simples, dont la rédaction facilite l'intelligence et qui soient tout à la fois le principe du bonheur social et la sauvegarde de la morale publique » (8); et il ajoutait : « La volonté des parties étant la première loi des contrats, ils doivent être susceptibles de toutes sortes de dispositions; cette liberté s'arrête aussitôt que l'ordre public et l'ordre moral peuvent avoir à en souffrir » (9). On parle ouvertement, maintenant, d' « ordre public », et d' « ordre moral », et pourtant ces deux expressions ne se retrouveront pas dans le corps du projet, qui reprend presque exactement la formule de ses deux prédécesseurs : « Les conventions sont susceptibles de toutes les dispositions non prohibées par la loi. Celles qui blessent l'honnêteté publique et l'ordre social, sont nulles » (Art. 714) (10).

---

(8) Fenet, *op. cit.*, p. 141.

(9) Fenet, *op. cit.*, p. 171.

(10) Fenet, *op. cit.*, p. 278.

Le quatrième projet (Jacqueminot) ne contient aucun texte relatif aux obligations en général, tout au plus, en ce qui concerne notre sujet, y trouvait-on au titre des « Donations entre vifs et à cause de mort », un article qui disposait que : « Dans toute disposition entre vifs ou à cause de mort, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, celles qui portent atteinte à la liberté du donataire, ou aux droits de l'homme et du citoyen, sont réputées non écrites » (11).

II. — Le Code Civil est issu du projet rédigé par la commission nommée par Bonaparte le 24 Thermidor an VIII. Il fut remis au gouvernement, précédé du « Discours Préliminaire de Portalis »; on y lisait « qu'en général les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent, leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins : Il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles. De là cette foule de contrats innommés. La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique » (12). Pourtant telle n'est pas exactement la formule que l'on trouve insérée dans le « Livre Préliminaire » du projet (13); on y lit qu' « on ne peut par des conventions déroger aux lois qui appartiennent au

---

(11) FENET, *op. cit.*, p. 373.

(12) FENET, *op. cit.*, p. 509.

(13) FENET, tome II, p. 3 et suiv.

droit public ». Or quel était ici la signification donnée à l'expression « Droit Public », on s'en rend compte à la lecture d'un autre texte de ce titre (14) : « Il est diverses espèces de lois. Les unes règlent les rapports de ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés, et les rapports de chaque membre de la cité avec tous; ce sont les lois constitutionnelles et politiques. Les autres règlent les rapports des citoyens entre eux, ce sont les lois civiles ». A cette distinction qui correspond à celle admise de nos jours, entre le droit privé et le droit public, le projet en ajoute une autre : « Les lois de quelque nature qu'elles soient, intéressent à la fois et le public et les particuliers. Celles qui intéressent plus immédiatement la société que les individus forment le droit public d'une nation. Dans le droit privé sont celles qui intéressent plus immédiatement les individus que la société; « ici « droit public » est donc bien synonyme « d'Ordre Public », et la preuve en est aisément fournie à la lecture de deux autres articles du projet : « Il est libre aux parties de faire entre elles toutes les conventions qu'elles jugent à propos, pourvu que la convention n'ait point une cause illicite » (Livre 3, titre 2, section 4, art. 28) et l'article suivant précise : « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs, ou contraire à l'Ordre Public ».

Tels étaient les textes du projet de l'an VIII, consacrés à la notion d'Ordre Public. On sait que le Tribunal de Cassation et les tribunaux d'appel furent

---

(14) Livre Préliminaire, titre 2 « Division des lois », art. 1er.

requis de donner leur avis dans un bref délai (15). A quelles observations ces textes donnèrent-ils lieu ? A la vérité ils ne furent pas l'objet de remarques dignes d'être notées; d'ailleurs les magistrats préférèrent tourner leur attention, dans le temps extrêmement limité qui leur était imparti (16), sur des questions d'un intérêt plus pratique et d'une portée plus précise. On peut toutefois en retenir quelques-unes. C'est ainsi que le Tribunal de Cassation à propos de l'article 7, du titre IV du Livre Préliminaire, fit observer : « Ce septième article du projet ne doit-il pas être retranché ? Il suppose qu'il est des lois auxquelles on peut déroger par des conventions; mais s'il est des lois qui tout en réglant les intérêts des citoyens d'une manière leur laissent la faculté de les régler d'une manière différente, en usant de cette faculté on n'y déroge pas, puisqu'on ne fait que ce qu'elles autorisent » (17). Mais le Tribunal de Cassation admit sans discussion les textes relatifs à la cause. Le Tribunal d'Appel de Lyon crut nécessaire d'indiquer que : « toutes les maximes contenues dans ce livre préliminaire, même les plus contestées, sont certainement des abstractions métaphysico-légales essentiellement sujettes, comme tout ce qui est métaphysique, à controverse, à discussion, à interprétation. Il peut être utile aux publicistes

---

(15) FENET, tomes 2, 3, 4, 5.

(16) Au début de leur rapport, les Tribunaux d'appel, commencent presque tous, par déplorer le peu de temps qu'ils avaient pu consacrer à l'examen qu'on sollicitait d'eux.

(17) FENET, tome II, p. 149.

de les développer, aux législateurs de les méditer, mais il est très dangereux de les ériger en principes et de les consacrer dans un code » (18). Et ce sont à des conclusions semblables qu'aboutissent le tribunal d'appel de Rouen (19), et celui de Paris qui déclare notamment : « En général ce livre préliminaire « Du Droit et des Lois », érige en articles de loi des maximes et des réflexions qui paraîtraient mieux placées dans un traité du droit que dans un code » (20). En résumé, les praticiens qui voulurent bien envisager les textes consacrés à l'Ordre Public, leur dénièrent toute opportunité et méconnurent complètement leur raison d'être.

III. — Mais ce n'étaient là que critiques légères, qui visaient plus la forme, la place des textes, que le fond même. Il n'allait plus en être de même , lors de leur discussion, devant les assemblées. Devant chacune d'elles, les textes du projet relatif à l'Ordre Public furent l'objet de critiques et de remaniements.

Le titre préliminaire modifié fut présenté par Portalis au Conseil d'Etat, son article 9 était ainsi rédigé : « La contravention aux lois qui intéressent le public ou les bonnes mœurs ne pourra être couverte par des conventions ni par des fins de non-recevoir (21) : un conseiller

---

(18) FENET, tome IV, p. 36.

(19) FENET, tome V, p. 459.

(20) FENET, tome V, p. 94.

(21) Le « Livre Préliminaire », avait fait place à un simple « titre » préliminaire; V. sur tous ces points, FENET : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, tome I, 1827, Précis historique, p. XXXV—CXXXVIII.

proposa une nouvelle rédaction qui fut adoptée : « Il ne peut être dérogé par des actes particuliers aux lois qui intéressent l'Ordre Public et les bonnes mœurs ». La rédaction en fut d'ailleurs légèrement modifiée; le texte actuel de l'article 6 fut adopté en dernière lecture (22).

Après ratification par le Conseil d'Etat, les textes furent présentés au Corps législatif, accompagnés de « l'Exposé des Motifs » dans lequel Portalis justifiait la transformation du Livre Préliminaire en un simple titre (23). Puis vint la discussion au tribunat; c'est à ce moment que les textes relatifs à l'Ordre Public furent l'objet des plus vives critiques.

Le tribun Andrieux, le 12 frimaire an X, déclarait notamment dans son rapport au tribunat : « Ce projet (relatif au titre préliminaire) serait-il à sa place ?... pour le décider voyons quelle est sa nature, son objet. Il est relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général : il n'est donc pas relatif au Code Civil seulement... Doit-il ouvrir un code auquel il n'appartient pas plus qu'à toutes les autres lois ?... Si vous jetez les yeux sur la plupart des articles, sur le deuxième, sur le troisième, sur le quatrième, sur le huitième (24), vous n'y reconnaîtrez pas des articles de lois; ils ne contiennent point de dispositions expresses, prohibitives, impératives, ou même faculta-

---

(22) Mais il s'agissait toujours de l'art. 8 ; le titre préliminaire comptant alors 2 articles supplémentaires, qui disparurent par la suite.

(23) FENET, tome VI, p. 43.

(24) Celui qui contient mention de l'Ordre Public.

tives ; ce sont des principes énoncés, ce sont des axiomes de morale ou de jurisprudence. L'exposé observe avec beaucoup de sagesse qu'il faut faire la part de la science et celle de la législation. Il nous semble que le projet ne tient pas ce qu'a promis l'exposé (25) » et il continue au sujet de l'art. 8 : « C'est encore là un axiome de droit plutôt qu'un article de loi. Cet axiome paraît traduit du latin : « Privatorum pactio juri publico non derogat », l. 45 de reg. juris. — « Jus publicum privatorum pactis mutari non potest », l. 38 de pactis ; mais il nous semble qu'il est changé dans la traduction. En effet, les mots « jus publicum », mis en opposition avec ceux-ci, « privatorum pactio », signifient évidemment non pas le droit public, mais le droit publiquement établi, « jus publice stabilitum », ou « jus commune », le droit commun; en un mot : « les lois ». Cela signifie seulement que les citoyens ne peuvent faire de conventions particulières contraires au droit général... L'article 8, rédigé comme il l'est, manque de précision et de clarté : « aux lois qui intéressent l'ordre public... et les bonnes mœurs ... Quelle est cette espèce particulière de lois ? et qu'est-ce qui intéresse l'ordre public ?... intéresse les bonnes mœurs ?... Ces expressions peuvent paraître suffisamment intelligibles dans le discours ordinaire, mais elles ne sont pas assez précises pour entrer dans la rédaction d'une loi » (27). Et Andrieux, après avoir déclaré : « En nous résumant, nous avons trouvé que le projet de loi est, en général, incohérent, mal ordonné, déplacé

---

(25) Fenet, tome VI, p. 66 et suiv.

(27) Fenet, *op. cit.*, p. 67.

à la tête du Code Civil et indigne d'y figurer » (28), concluait à son rejet. Après cette violente diatribe d'Andrieux, d'autres tribuns exposèrent leur opinion, au sujet de ce titre préliminaire, et notamment au sujet de l'article 8 qui visait les conventions contraires à l'Ordre Public (28) : le tribunal émit un avis défavorable.

Quelques jours plus tard, le projet revint devant le corps législatif et là il fut donné à Portalis de défendre son œuvre contre les attaques dont elle avait été l'objet au tribunat : « Ici (à-propos de l'article 8), dit-il, on nous accuse d'avoir mal traduit les textes du droit romain. On prétend que le « jus publicum » n'est pas ce que nous appelons droit public, ou ordre public, le « jus publicum », dit-on, était celui qui s'établissait publiquement « publice stabilitum » et que par conséquent toute convention contraire aux lois était nulle sans distinction des lois qui pouvaient ou non intéresser l'ordre public... Il s'agit de savoir si les mots « jus publicum », qui sont employés plus ordinairement pour exprimer ce que nous entendons par droit public, reçoivent cette signification dans les textes qui disent que l'on ne peut déroger au droit public par des conventions privées : « jus publicum privatorum pactis mutari non potest ». Or voilà comment est conçu le sommaire de la loi trente-unième au Digeste, « De Pactis » (29) :

---

(28) Fenet, *op. cit., loc. cit.*

(28) Fenet, tome VI, p. 68 et suiv.

(29) On voit à l'examen des discussions dont fut l'objet l'art. 8, que les législateurs de l'époque révolutionnaire avaient tendance, à le rattacher à des textes du Droit

« Contra tenorem legis privatam utilitatem continentis pascisci licet ». Il est permis de traiter contre la teneur d'une loi qui ne touche qu'à l'utilité privée des hommes. Ainsi le droit public est celui qui intéresse plus directement la Société que les particuliers, et le droit privé est celui qui intéresse plus directement les particuliers que la Société. On annule les conventions contraires au droit public; mais on n'annule pas celles contraires à des lois qui ne touchent qu'au droit privé ou à des intérêts particuliers. Voici la maxime de tous les temps... Ce que nous disons des conventions contraires au droit public s'applique à celles contraires aux bonnes mœurs. Un orateur objecte que notre article paraît se réduire aux conventions, tandis qu'il faudrait également annuler tous autres actes, par exemple des legs, des libéralités auxquelles ou aurait apposé des conditions contraires à l'Ordre Public et aux bonnes mœurs. Nous répondons que ce que la volonté de deux ne peut pas faire, la volonté d'un seul le peut bien moins encore; et que si les conventions sont nulles, il faut par majorité de raison annuler les autres actes » (30). En dépit de ces justifications le Corps législatif, suivant l'avis du tribunat, repoussa le projet.

L'épuration du tribunat et la modification de la procédure législative, mirent fin à cette opposition. Le texte contenant mention de l'Ordre Public put être à

Romain; or il nous est apparu que ceux-ci, en parlant de « jus publicum » ne visaient nullement ce que l'on peut appeler « l'ordre social et moral » Romain : V. *supra*, chapitre I, § V.

(30) FENET, tome VI, p. 270-271.

nouveau présenté par Portalis au Corps législatif : « Ce n'est que pour maintenir l'Ordre Public qu'il y a des gouvernements et des lois... le maintien de l'Ordre Public dans une société est la loi suprême. Quant aux conventions contraires aux bonnes mœurs, elles sont proscrites chez toutes les nations policées. Les bonnes mœurs peuvent suppléer les bonnes lois; elles sont le véritable ciment de l'édifice social. Tout ce qui les offense, offense la nature et les lois » (31). Et le tribun Faure, au Corps législatif, proclamait : « Les mots ordre public eussent seuls pu suffire et l'addition qu'on a faite n'a pour objet que de donner à la rédaction de l'article toute la clarté dont elle était susceptible. En effet, tout ce qui concerne les bonnes mœurs intéresse l'Ordre Public; mais tout ce qui intéresse l'Ordre Public ne concerne pas les bonnes mœurs » (32). Désormais on ne justifie plus la rédaction, la place de l'article 6 du Code Civil, étant assurés qu'il ne soulèvera plus aucune difficulté ; on se borne à le paraphraser, on le considère comme un fait acquis.

IV. — De l'ensemble des travaux préparatoires du Code civil et des discussions auxquelles donnèrent lieu les textes relatifs à l'Ordre Public, on peut tirer un certain nombre de conclusions qui éclairent cette notion.

Première idée : Les rédacteurs du Code Civil entendirent établir une distinction entre les lois, distinction

---

(31) FENET, tome VI, p. 361-362.

(32) FENET, tome VI, p. 389.

fondée sur leur nature : il y a des lois qui intéressent l'Ordre Public, qui « sont d'ordre public », et des lois de droit privé. Cette conception manifestement inspirée d'un passage du « Contrat Social » (33), a donné lieu, à juste titre, aux critiques du tribun Andrieux ; ce dernier a pu rappeler la notion romaine de l'ordre social; il n'y avait pas alors de lois d'Ordre Public par nature; il aurait pu ajouter qu'il n'y en avait pas non plus sous l'Ancien Droit. C'est donc par une déformation d'esprit, due à des conceptions politiques et philosophiques, que les rédacteurs du code ont cru à l'existence de lois d'Ordre Public par nature (34). Ils n'ont pas jugé utile d'avoir recours à une « notion » de l'Ordre Public dominant toutes les lois sans être attachée plus spécialement à l'une ou à l'autre d'entre elles.

Deuxième idée. — Et cette façon d'envisager l'Ordre Public est d'autant plus inexacte qu'ils voulaient lui donner une large portée; parlant des six articles du titre préliminaire le tribun Grenier déclarait : « Il serait déraisonnable de vouloir les isoler ; il serait inconvenant de les placer à la tête de tout autre recueil de lois... Ces maximes doivent servir d'introduction à ce Code, auprès duquel tous les autres n'auront qu'un caractère accessoire » (35). Pour accorder à l'Ordre

---

(33) Rousseau : *Du Contrat social ou Principes du Droit Politique.* Livre II, chap. XII.

(34) De même que le XVIII[e] s. proclamait l'existence de « droits naturels », là où de nos jours on parle de « Droit naturel ».

(35) Fenet, tome VI, p. 376.

Public cette place éminente, il eut semblé naturel d'en dégager la « notion », de l'envisager abstraction faite des lois individuellement prises en considération.

Troisième idée. — On doit également noter que l'expression « Ordre Public », simplement mentionnée par Domat, apparaît pour la première fois d'une façon incontestable en Droit Intermédiaire; les discussions, auxquelles elle a donné lieu, sont innombrables. La raison en est simple : pour la première fois, depuis des siècles, les fondements de l'Ordre Social sont entièrement bouleversés; on instaure un nouvel état de choses, et l'on ne craint qu'un fait, c'est que la liberté des conventions que l'on s'accorde à mettre au premier plan, ne permette de revenir à des conceptions que l'on espère disparues à jamais. Les bases de l'ordre nouveau, de l'ordre qui devait régner en France pendant cent cinquante ans, trouvent leur expression la plus parfaite dans la « Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen », issue de la doctrine individualiste des philosophes du XVIII[e] siècle. En dix-sept articles elle résume les grands principes, constituant « l'ordre » nouveau, « l'ordre public », tel que le Code Civil allait le consacrer. On peut en grouper les dispositions autour de trois idées qui en résument parfaitement le contenu : « liberté individuelle », « égalité » entre les hommes, droit de « propriété » inviolable. Tout accord tendant à blesser ces trois grands principes tomberait, comme étant contraire à l'Ordre Public.

Quatrième idée. — Les rédacteurs du Code par la bouche du plus remarquable d'entre eux, Portalis, ont rattaché expressément leur conception de l'Ordre Public

à celle du « Droit Public », que l'on trouve insérée au Digeste. Or il y a là une inexactitude historique; l'expression « jus publicum » n'avait pas en Droit Romain le sens qu'ils semblent vouloir lui donner en la traduisant par « Ordre Public ». Peut-être une telle confusion s'expliquerait-elle aisément, si l'on veut bien considérer la phraséologie révolutionnaire où les termes perdaient souvent leur sens. On ne peut que regretter le dédain des rédacteurs du Code pour l'intéressante tentative de Domat; ils y auraient gagné une précision de pensée et de langage qui leur a fait souvent défaut; ils auraient évité aux juristes chargés, dans le courant du XIX^e^ siècle, de sonder leurs intentions, des erreurs d'appréciation, erreurs qui les ont conduits à développer une théorie de l'Ordre Public qui se ressentait des vices généraux de leur méthode d'interprétation.

CHAPITRE QUATRIÈME

Les Doctrines relatives à l'Ordre Public en Droit privé au cours du XIX^e Siècle

Section préliminaire

I. — Le Code Civil, dans les articles qu'il consacre expressément à la notion d'Ordre Public (1), n'en donne pas la définition : si ce procédé présente des avantages, évitant d'introduire dans un recueil destiné

(1) Ray : *Index du Code Civil,* thèse complémentaire pour le Doctorat ès-Lettres, Paris, 1926, v° Ordre Public, p. 76. Les textes qui contiennent mention de l'Ordre Public sont au nombre de trois : ce sont les articles 6, 686 et 1133 du C. Civil.

Art. 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Art. 686, alinéa 1^er^ : « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néan-

à être journellement l'objet d'applications, des conceptions théoriques, il met ses interprètes en présence d'un problème singulièrement difficile à résoudre : Quelles sont ces lois d'Ordre Public auxquelles on ne peut déroger ? Quand la cause d'une convention est-elle contraire à l'Ordre Public ? Voilà certes des questions délicates à trancher, et au sujet desquelles les tribunaux, démunis de tout point de repère, ne pouvaient manquer d'avoir recours à la Doctrine, pour lui demander des indications de nature à faciliter la mise en œuvre de ces textes. La Doctrine, au cours du XIX^e^ siècle, va donc se trouver constamment en présence de textes qui, à ses yeux, lui poseront une énigme quasi insoluble ; chez la majorité des auteurs on retrouve toujours ces questions : « Qu'est-ce que l'Ordre Public ? Que faut-il entendre par là ? Quelle a été sur ce point l'intention du législateur ? » A la solution de ce problème les auteurs ont consacré des développements nombreux et pleins d'intérêt.

---

moins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public..... »

Art. 1133 : « La cause est illicite, quand elle est prohigée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Quant à la notion de « bonnes mœurs » on la voit consacrée également par les art. 6 et 1133, à côté de celle d'Ordre Public; mais par contre on la rencontre seule dans les art. 900, 1172, 1387 : on peut d'ailleurs remarquer que l'Ordre Public est sous-entendu dans ces trois derniers articles), RAY, *op. cit.*, p. 70, ainsi d'ailleurs que dans beaucoup d'autres sur lesquels il conviendra d'insister plus tard.

II. — Pour bien comprendre la réponse de la Doctrine, au XIX^e^ siècle, à ces questions, il importe de rappeler brièvement la méthode préconisée par les auteurs, dans l'interprétation du Code Civil, en général ; cette parenthèse n'est pas inutile, car il est nécessaire de se rendre compte, en présence d'un texte obscur (et l'article 6 du Code Civil, au même titre d'ailleurs que les articles 686 et 1133 du même Code, rentre bien dans cette catégorie) de l'attitude adoptée.

Quelle était donc la méthode des interprètes du Code Civil au cours du XIX^e^ siècle ? S'aidant des travaux remarquables, publiés au cours de ces dernières années, on peut en donner aisément un aperçu succinct (2). Laissant de côté les diverses périodes que l'on s'accorde à y reconnaître, division dont le tracé, d'ailleurs, est artificiel (3), enregistrons au contraire les deux

---

(2) Nous visons ici plus particulièrement les ouvrages suivants :

GENY : *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif*, 2^e^ éd., 1919, tome I^er^, Première et Deuxième partie ; BONNECASE : *L'Ecole de l'Exégèse*, 2^e^ éd., 1924 ; du même : *La Pensée juridique Française de 1804 à l'heure présente*, tome I, et, *Introduction à l'étude du Droit*, 2^e^ éd., 1931 ; CHARMONT et CHAUSSE, *Livre du Centenaire, du Code civil*, tome I, *Les interprètes du Code Civil*, pè 131-172 ; GAUDEMET : *L'interprétation du Code Civil en France depuis 1804*, Sirey, 1935.

Voir également, BEUDANT : *Cours de Droit Civil Français*, 2^e^ éd., Paris, 1934, en cours, publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, tome I^er^, *Introduction et Explication du titre préliminaire du Code Civil*, avec la collaboration de Mme BÉQUIGNON-LAGARDE, p. 113-118, n^o^ 112 et suiv.

(3) GAUDEMET, *op. cit.*, p. 7 ; CHARMONT et CHAUSSE, *op. cit.*, p. 139.

grands courants qui, au point de vue de la méthode employée séparent les auteurs; les uns, dans l'interprétation des textes du Code, se sont abandonnés à une analyse qui n'a pas tardé à verser dans les abus d'une exégèse trop littérale; les autres, ayant recueilli les fruits des travaux des premiers commentateurs, ont pu les coordonner, systématiser (4) ces éléments épars, et se livrer à de brillantes constructions où, à juste titre, on a relevé l'abus des abstractions logiques (5); cette dernière tendance marqua le triomphe des auteurs, connus sous le nom « d'Ecole dogmatique » (6) ; c'est alors l'esprit de synthèse qui préside à l'interprétation du Code (7). Ces deux tendances, analyse et synthèse, sont signalées par les auteurs contemporains, comme étant le trait distinctif de la méthode juridique traditionnelle (8) et (9).

---

(4) CHARMONT et CHAUSSE, *op. cit.*, p. 156.

(5) GÉNY, *op. cit., loc. cit.*

(6) BEUDANT, *op. cit.*, p. 115. A vrai dire il n'y avait pas d'école, mais plustôt une tendance.

(7) GAUDEMET : *Aubry et Rau,* Rev. Trim., 1923, p. 65-100, spécialement p. 171.

(8) A titre d'exemple, V. BEUDANT, *op. cit.*, nos 112 et 123 ; GAUDEMET : *L'Interprétation du Code Civil en France depuis* 1804, p. 9 et 55; CHARMONT et CHAUSSE, op. cit., p. 139 qui montre bien, qu'il fallut plusieurs générations de juristes pour accomplir la tâche immense que représentait l'interprétation du Code Civil ; les premiers commentateurs, au lendemain de la codification, et c'était inévitable, se livrèrent à un examen minutieux de tous les aspects du nouveau code, et, ce ne fut que plus tard, que s'élevant au-dessus de ces recherches, d'autres auteurs dont les plus remarquables furent Aubry et Rau, en fixèrent la synthèse.

(9) BONNECASE : *Introduction à l'Etude du Droit,* 2e éd., 1931, p. 191-192, n° 119.

Section première

Le Courant Doctrinal Prédominant. — Application à la notion d'Ordre Public de la méthode analytique. — « Enumération » des « lois » d'Ordre Public.

Presque tous les auteurs, au XIX^e^ siècle, se contentent d'énumérer les lois qui, d'après eux, sont d'Ordre Public ; les passages qu'ils consacrent à celui-ci, ressemblent étrangement à un catalogue, toute difficulté étant cantonnée au choix qu'il s'agit de réaliser. Il y a là sans aucun conteste une tendance qu'il s'agit de souligner dès le début : on ne trouve alors dans la doctrine aucune vue d'ensemble.

Il est commode, dans l'étude de ces opinions doctrinales, d'établir une séparation entre les auteurs que l'on peut appeler les « Premiers Commentateurs du Code Civil », et ceux que l'on peut ranger sous la dénomination de « Grands Commentateurs du Code », et qui marquent l'apogée de la méthode traditionnelle d'interprétation au XIX^e^ siècle.

§ 1. *Les Premiers Commentateurs du Code Civil*

Le Code Civil est, dès sa promulgation, l'objet de l'étude de tous les juristes : il suscite une admiration sans bornes, on ne conçoit qu'il puisse exister d'œuvre plus parfaite, on le commente pas à pas (10), tout pro-

(10) Gaudemet, *op. cit.*, p. 9 et suiv.

blème de Droit s'y trouve posé, toute difficulté pratique y trouve sa solution. S'agissant de l'Ordre Public, ce sera donc, à propos des articles qui le visent, que les auteurs s'en occuperont.

I. — Merlin, dans son « Répertoire », consacre de longs développements au problème de l'Ordre Public ; on n'en donnera ici qu'une idée d'ensemble. Jurisconsulte de l'Ancien Régime, Merlin ne manque pas de rappeler la conception Romaine : « Quelles sont, dans le sens de cet article (art. 6), les Lois qui intéressent l'Ordre Public ? Les législateurs romains avaient proclamé comme le Code Civil, le principe qu'il ne peut être rien changé au droit public par des conventions particulières... Mais, comme le Code Civil, ils avaient laissé ce principe dans le vague : ils n'avaient pas défini ce qu'on devait précisément entendre, en cette matière, par les mots « jus publicum », ils avaient même placé les Lois relatives aux formes des testaments, parmi les objets réglés par le droit publi... Ils avaient encore augmenté la confusion en déclarant nuls indistinctement tous les pactes qui dérogeaient aux Lois : « pacta quæ contra Leger, constitutionesve fiunt, nullam vim habere indubitati juris est » (11). Après avoir indiqué qu'il faut entendre principalement par « Ordre Public », les lois d'organisation de l'Etat, il ajoute : « Mais ce qui n'est pas aussi facile, c'est de préciser jusqu'où doit s'étendre l'acception des mots

(11) MERLIN : *Répertoire Universel et Raisonné de jurisprudence*, 5e éd., Bruxelles, 1827, tome 18, V° Loi, p. 442.

« ordre public », pris dans un sens plus large que celui que nous venons d'indiquer ; car on ne saurait douter qu'elle ne doive être étendue au delà ; et la preuve en est qu'il y a une foule de matières qui sont considérées comme appartenant à l'Ordre Public et par suite comme absolument indépendantes des conventions particulières, quoique, restreintes par leur objet aux intérêts des simples individus, elles semblent dépendre uniquement du droit privé » (12). Et à l'appui de son affirmation, il cite la majorité des règles intéressant l'état des personnes, et ajoute : « Toutes ces questions tiennent à l'ordre public; mais comment y tiennent-elles ?... elles y tiennent secondairement, parce que l'Ordre Public est intéressé à ce que tous les individus dont se composent le corps social y soient classés, non seulement chacun à leur rang politique, mais encore chacun à leur rang social... si par ses dispositions mêmes, ou par ses motifs, surtout lorsqu'ils font partie de son texte, elle annonce que tout en réglant les intérêts privés, elle est déterminée par des considérations d'intérêt public, les conventions particulières sont impuissantes » (13). Donc, pour Merlin, toute disposition légale qui vise l'intérêt général, intéresse l'Ordre Public : ce sera en premier lieu, les lois politiques et administratives, et accessoirement, en second lieu, un certain nombre de lois de droit privé, dont il donne l'énumération, et qui en fait se ramènent toutes à l'Etat des personnes.

---

(12) MERLIN, *op. cit.*, p. 443.

(13) MERLIN, *op. cit.*, p. 443 et 444.

II. — Ce sera également aux motifs de la loi, à l'intention du législateur, qu'il faudra s'en référer d'après Toullier et Duranton pour savoir si elle est d'Ordre Public.

Le premier de ces auteurs, à propos de l'art. 6 du Code Civil écrit en effet : « ...Aujourd'hui que nous avons un code uniforme pour toute la France, il est plus facile de distinguer les lois auxquelles on peut déroger ; le but et les motifs de chaque disposition sont mieux connus, soit qu'elles aient les personnes ou les choses pour objet principal, soit qu'elles aient eu l'intention d'énoncer des préceptes et des prohibitions absolus, ou simplement relatifs à l'intérêt de quelques personnes. Le législateur a même souvent déclaré, quand on pouvait ou quand on ne pouvait pas déroger aux dispositions de la loi ; par exemple les lois relatives aux droits respectifs des époux n'ont été faites que pour tenir lieu de contrat de mariage aux personnes qui n'en font point. Il est donc de la nature de ces dispositions de pouvoir être changées par des conventions particulières à l'exception de quelques points auxquels la loi a expressément défendu de déroger » (14). Il n'y a rien dans ces quelques explications de Toullier qui permette de faire progresser la notion d'Ordre Public ; il reste sans cesse dans le vague, et n'aboutit au fond à aucune idée précise.

Très proche de sa doctrine, ou tout au moins de ce qui en tient lieu, Duranton pénètre plus à fond, quoiqu'encore bien imparfaitement le problème, mais l'idée

---

(14) Toullier : *Le Droit Civil Français, suivant l'ordre du Code*, 2e éd., Paris, 1819, tome 1, section 7.

reste toujours la même, on ne peut renoncer qu'aux droits qui sont introduits en votre faveur : « Nous avons dit, écrit Duranton, que relativement au but qu'elles se proposent, les lois sont impératives, prohibitives, ou facultatives : par conséquent les citoyens ne peuvent, par des conventions particulières, déroger à celles des deux premières classes : ces lois intéressent « l'ordre public »; il y a toujours obligation pour eux d'en observer les préceptes. Tout ce qui blesserait les bonnes mœurs, est par la même raison sévèrement proscrit; quant à ce qui n'est point l'objet d'une loi impérative ou prohibitive, qui n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, qui n'intéresse en un mot que les contractants, ceux-ci peuvent en faire la matière d'une convention particulière, et déroger à la loi qui règle cet objet » (15). Au fond, le seul résultat auquel aboutisse Duranton, est de classer les lois en plusieurs catégories : impératives, prohibitives, facultatives, cassification purement formelle : une loi est d'Ordre Public, d'après lui, quand on ne peut y déroger, et on ne peut y déroger lorsqu'elle l'interdit formellement.

III. — C'est cette dernière tendance que combat Demante; on ne doit pas s'attacher aux termes de la loi, une loi peut être d'Ordre Public, sans que rien dans son texte ne vienne interdire la renonciation à ses dispositions, mais lorsqu'il s'agit à son tour de dire ce qu'il faut entendre par Ordre Public, il recourt tout

---

(15) DURANTON : *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, 4e éd., Paris, 1844, tome 1, p. 170.

simplement à une énumération, dont les termes par trop généraux n'apportent aucune lumière : « Parmi les lois d'Ordre Public, auxquelles les conventions particulières ne peuvent déroger, il faut évidemment ranger outre les lois politiques et les lois criminelles, dont nous n'avons pas à nous occuper, celles qui règlent l'état des personnes et l'organisation de la famille, car celles-là se rattachent directement au système d'organisation sociale. Quant aux lois qui régissent les biens... il en est certainement un grand nombre qui intéresse l'Ordre Public... Mais la distinction n'est pas toujours facile, car ce n'est qu'en se pénétrant bien du but et du motif de la loi qu'on arrive à reconnaître si les considérations de morale, d'humanité, de politique ou d'intérêt général qui l'ont nécessairement dictée, exigent seulement son application comme droit commun à ceux qui n'ont pas fait de convention... » (16).

Et c'est à des explications encore plus simples, que Marcadé aura recours dans son commentaire de l'article 6; vraiment chez cet auteur le problème de l'Ordre Public est presque entièrement méconnu : « Cet article, écrit-il, en nous disant qu'on ne peut par convention déroger aux lois dont il parle, nous indique assez qu'on pourra par ce moyen déroger aux autres... il n'y a pas en dehors de l'Ordre Public et des bonnes mœurs d'autres lois auxquelles on ne puisse pas déroger; mais... le respect de l'ordre et de la morale est toujours la cause qui fait prohiber telle ou telle stipulation, et si la loi prohibe formellement dans certains cas une

---

(16) DEMANTE : *Cours Analytique de Code Civil,* Paris, 4e éd., 1849, tome I, nº 12 bis.

dérogation c'est de peur que les parties ne vissent pas le lien qui unit la disposition légale à l'Ordre Public ou aux bonnes mœurs » (17).

En résumé, les « Premiers Commentateurs » du Code n'ont consacré que de très brefs développements à l'Ordre Public en Droit Privé : énumérer quelques dispositions auxquelles les particuliers ne pouvaient déroger par convention, affirmer deux ou trois principes des plus vagues, tel est, en définitive, le résultat auquel ils sont parvenus.

§ 2. *L'Apogée de l'Ecole classique* (17 *bis*) *: Les grands commentateurs » du Code Civil.*

Dans la seconde moitié du XIX^e^ siècle, les auteurs consacrent de longues explications à l'art. 6 du Code Civil, car c'est encore à son propos que l'on parle de l'Ordre Public et des bonnes mœurs; mais le résultat n'est guère différent : c'est toujours à une « énumération » des lois d'Ordre Public que l'on aboutit, seulement les considérations d'ordre général, d'ordre philosophique prennent place insensiblement, avant « l'énu-

---

(17) MARCADÉ : *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e^ éd., Paris, 1859, tome 1, n^os^ 94 et 95.

(17 bis) BEUDANT, *op. cit.*, n° 123, p. 115 ; GAUDEMET, *op. cit.*, p. 35 et suiv. qui parle de « L'apogée de la méthode classique » ; V. également CHARMONT et CHAUSSE, *op. cit.*, p. 152; V. aussi ces derniers auteurs, *op. cit.*, p. 139 : « S'il n'y a pas eu de véritables écoles, nous croyons pourtant qu'on peut distinguer plusieurs cycles, qui correspondent à peu près à des divisions par périodes de temps », et p. 167.

mération » qui n'apparaît plus que comme devant servir de mise en œuvre aux « principes » dégagés en premier lieu.

I. — C'est ainsi que Domolombe écrit : « Les moyens du droit... sont les règles qu'il établit : honeste vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere... ; honeste vivere, ce qui ne veut pas dire, pratiquer la vertu, mais seulement se conformer aux lois qui répriment celles des infractions à la morale que le législateur n'a pas cru devoir tolérer... Toutefois ces mots (droit public), ajoute-t-il un peu plus loin, sont souvent employés encore dans un sens beaucoup plus étendu... le droit public est celui qui, directement ou indirectement, a pour but l'intérêt général, « l'intérêt public » enfin ; tandis que le droit privé, au contraire, a pour but l'intérêt particulier et relatif des individus, en un mot l'intérêt privé. En effet, l'une des différences principales, qui les distinguent quant aux résultats, consiste en ce que aucune renonciation, aucune dérogation ne peut être faite au droit public, tandis que les particuliers peuvent déroger au pur droit privé » (18). Après ces déclarations, Demolombe cite les dispositions qui, à ss yeux, intéressent le droit public : tous les textes relatifs à l'état des personnes, à la prescription, à la protection des tiers, à la capacité des personnes intéressant le public, sont visés par l'art. 6 (19). Ordre Public est donc synonyme d'intérêt général ; mais

---

(18) Demolombe : *Cours de Code Civil*, Paris, 1845, tome 1, n° 17.

(19) Demolombe, *op. cit.*, n°s 17 et 18.

prudemment il ajoute, prévoyant combien l'énumération qu'il a faite est incomplète : « Il ne faut pas croire, parce que la loi s'est formellement exprimée dans certains cas qui auraient pu paraître plus ou moins douteux, qu'une prohibition spéciale soit toujours nécessaire à cet égard. Nous avons, outre notre article 6, des dispositions plus générales (900, 1133, 1172, 1387), par lesquelles le législateur, dans l'impossibilité de définir ce qui constitue « l'ordre public », ouvre sur ce point la plus vaste et souvent aussi la plus difficile carrière à l'appréciation des magistrats et des jurisconsultes (20). Il serait impossible d'énumérer ici toutes les dispositions qui appartiennent au droit public dans le sens que nous venons de donner à ce mot, ou de chercher quelque part, un moyen général et absolu de décision... Comme moyen général d'application, je dirai seulement que lorsqu'il s'agira de savoir si telle ou telle disposition est de droit public ou de droit privé, il faudra se rappeler les considérations sur lesquelles repose, en général, le droit public ».

II. — Ce sont à des conclusions beaucoup plus précises qu'aboutissent deux auteurs, l'un français : Larombière, l'autre belge : Laurent; la notion de l'Ordre

---

(20) Dans le même sens : MOURLON : *Répétitions écrites sur le Code Civil*, IIIe éd., revue par DEMANGEAT, tome I, p. 70 : ...« Mais qu'est-ce que l'Ordre Public ? A quels signes distinguer les bonnes des mauvaises mœurs ? Ces choses se sentent plus qu'on ne les définit. Aussi la loi s'est-elle abstenue de donner des règles à ce sujet : « elle s'en rapporte à la sagesse ds tribunaux ».

Public étant presque identique chez tous deux, on est naturellement conduit à rapprocher l'examen des passages de ces deux œuvres qui lui sont consacrées.

C'est ainsi que Larombière se demande ce qu'il faut entendre par Ordre Public ? : « A prendre le mot « ordre » dans son sens littéral, il signifie arrangement, disposition, mise à sa place. L'Ordre Public est donc l'arrangement, la disposition, la mise à sa place de ce qui compose la société ; et, comme dans la société il y a les personnes et les choses, l'ordre public résulte à la fois du respect et de l'exercice de toutes les facultés, de tous les droits que chaque membre de la société a comme individu, comme personne civile ou politique, enfin comme propriétaire. Mais c'est l'entendre alors dans son sens le plus étendu. L'article 1133 ne le prend pas dans cette acception générale. Il faut en restreindre et en dédoubler pour ainsi dire le sens, suivant le double objet auquel il s'applique également ; nous aurons ainsi l'ordre des choses, des biens, l'ordre réel ; et l'ordre des individus, des personnes, l'ordre personnel... cette organisation des personnes est la base de l'organisation sociale. Sans elle on ne peut concevoir de société possible. En dehors de cet ordre public il n'y a plus qu'anarchie et dissolution. L'ordre personnel est donc l'ordre par excellence ; et les mots « d'ordre public » dont se sert l'art. 1133, ne doivent être entendus que dans le sens d'un arrangement, d'une disposition, d'une mise à sa place de chaque personne, si bien qu'elle n'en peut sortir sans déranger l'harmonie sociale. Les lois qui régissent les choses et qui par conséquent constituent l'ordre réel, bien que les choses passées à l'état de biens soient dépendantes

et inséparables des personnes, ne sont pas proprement des lois d'ordre public, mais plutôt d'utilité publique ; et ici la loi doit empêcher formellement les dérogations » (21). On voit donc que Larombière, suivant d'ailleurs sur ce point Merlin, conçoit l'Ordre Public à un point de vue strictement matériel ; c'est l'organisation sociale, la hiérarchie des divers membres de la société, qui permet d'éviter le désordre, le but à atteindre, et dont l'Ordre Public n'est qu'un mode de réalisation, étant l'harmonie sociale ; ici encore Larombière, bien qu'il ne les cite pas expressément, vise les dispositions légales concernant l'état et la capacité des personnes, et toutes celles concernant les choses auxquelles il est interdit formellement de déroger.

Et c'est à une conception fort semblable qu'aboutit Laurent lorsqu'il écrit : « Que faut-il entendre par lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs ? Le législateur ne donne pas de réponse à cette question... Que signifient les mots « ordre public », pris dans le sens grammatical ? Ordre signifie « arrangement, dispositions des choses mises à leur rang, à leur place », ...public, « qui appartient à tout un peuple », en ce sens public est synonyme de « social ». Ordre Public veut donc dire arrangement des personnes dans la société... l'on voit que le classement des personnes établit une certaine position sociale, que nous appelons « état », et l'état a pour conséquence la capacité ou l'incapacité... et... par les lois qui intéressent l'ordre

---

(21) LAROMBIÈRE : *Théorie et Pratique des obligations*, 1857, tome 1er, art. 1133, n° 13.

public, le code entend les lois qui fixent l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui y est attachée » (22).

III. — C'est à une énumération semblable qu'aboutissent les auteurs de la seconde moitié du XIX^e siècle, et ici on est surpris de rencontrer Aubry et Rau.

D'une manière générale, Aubry et Rau sont présentés comme étant les protagonistes les plus éminents de la méthode synthétique (23) ; M. Gaudemet, dans un article paru dans la Revue trimestrielle de Droit Civil de 1923, et consacré à ces deux auteurs, écrit : « Une fois de plus nous voyons apparaître dès leurs débuts ce qui sera plus tard le caractère essentiel de leur méthode : la réaction de l'esprit de synthèse scientifique contre les abus d'une exégèse trop littérale », et pourtant en ce qui concerne le problème de l'Ordre Public en Droit Privé, nous devons reconnaître qu'ils ont eu recours à la méthode analytique, au même titre que les premiers commentateurs ; et c'est encore à une « énumération des lois d'Ordre Public » qu'ils aboutissent. Ni la législation, ni la doctrine, écrivent-ils, ne fournissent de criterium à l'aide duquel on puisse déterminer, d'une manière certaine, quelles sont les lois qui doivent être considérées comme intéressant l'ordre

---

(22) LAURENT : *Principes de Droit Civil Français*, 2^e éd., Bruxelles, 1876, tome 1, n°47. On voit à la lecture de ce passage, que Laurent s'est, sur ce point visiblement inspiré de l'ouvrage de Larombière qui était paru depuis une vingtaine d'années.

(23) BEUDANT, *op. cit.*, n° 123 ; CHARMONT et CHAUSSE, *op. cit.*, p. 156-157 ; GAUDEMET, *op. cit.*, p. 52-55.

public. Et il serait difficile de donner une énumération complète de toutes les dispositions législatives qui, à des titres divers et à des degrés plus ou moins prononcés présentent ce caractère » (24). En dépit de cette déclaration ils citent un certain nombre de catégories de dispositions législatives (lois constitutionnelles et administratives, lois concernant l'état des personnes ou assurant la protection des tiers, lois de police, lois pénales). Ici, Aubry et Rau, qui, si fréquemment, ont vu leurs théories et les formules mêmes dont ils se servaient pour en exprimer les principes, adoptées par la Cour de Cassation, n'apportent aucune contribution, si minime soit-elle, au problème de l'Ordre Public.

C'est à une conception plus évoluée, et plus sérieusement creusée qu'aboutissent Houques-Fourcade et Baudry-Lacantinerie : ici encore on a recours à une énumération des « lois » d'Ordre Public, mais on la fait précéder d'un essai de synthèse qui n'est pas sans intérêt; ces auteurs essayent, abstraction faite de toute application particulière, de définir l'Ordre Public; « ...il est un ensemble d'idées sociales, politiques, morales, économiques, religieuses parfois, à la conservation desquelles une société croit liée son existence. Vivant selon sa croyance de l'observation de ces principes, elle ne peut admettre qu'il y soit porté aucune atteinte. Contre eux la volonté des particuliers vient se briser impuissante : le respect de la loi s'impose à tous, lorsqu'elle

---

(24) AUBRY et RAU : *Cours de Droit Civil Français*, 5e éd., mise au courant par Rau, Falcimaigre, Gault et Bartin, tome 1er, § 36, p. 178.

est d'Ordre public » (25). Après cette définition, ils ajoutent : « Au surplus il serait possible de grouper en quelques catégories toutes les dispositions qui sont « d'ordre public » dans notre droit, suivant qu'elles se rattachent à l'organisation sociale, à l'organisation politique, à l'organisation économique, à la morale ou aux idées religieuses » (26).

En résumé, qu'il s'agisse des auteurs que l'on s'accorde à grouper sous le nom de « Premiers Commentateurs du Code Civil », ou de ceux qui marquent l'apogée de l' « Ecole classique », on se trouve toujours en présence de la même méthode : aucun d'entre eux ne s'occupe de l'ordre public, mais tous *énumèrent* les *lois* d'Ordre Public. Certains tentent bien de donner une définition, une vue d'ensemble, mais aussitôt, craignant de s'être avancés sur un terrain mouvant, ils entrent dans une énumération de toutes ou de partie des dispositions légales qui leur semblent intéresser l'Ordre Public. Il n'y a pas pour ces auteurs une « notion » de l'Ordre Public, mais des « lois » d'Ordre Public.

---

(25) BAUDRY-LACANTINERIE : *Traité théorique et Pratique de Droit Civil,* Des Personnes, par HOUQUES-FOURCADE, 3e éd., Paris, 1907, tome I, p. 239-240.

(26) BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, p. 242.

Section seconde

Application au problème de l'Ordre Public de la méthode synthétique. — « Définition » de l'Ordre Public

I — Etant donné le nombre et l'autorité des auteurs qui, au cours du XIX[e] siècle, appliquaient au problème de l'Ordre Public la méthode analytique, il fallait un certain courage pour tenter d'en donner une *définition*, pour essayer ici d'appliquer la méthode opposée, la méthode synthétique; c'est pourtant ce qu'a tenté un auteur, E. Alglave, dans un ouvrage qui d'ailleurs n'est pas consacré à l'Ordre Public proprement dit, mais à l'Action du Ministère Public en matière civile (1). Il n'est pas inutile de rappeler ici l'idée essentielle qui domine cet ouvrage. On sait que l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 décrit les droits du ministère public en matière civile d'une façon générale, en une formule qui a prêté à de longues discussions (2). On

---

(1) Emile Alglave : *Action du Ministère Public, et théorie des Droits d'Ordre Public en matière civile*, 2[e] éd., Paris, 1874, t. 1[er].

(2) L'Art. 46 est ainsi rédigé : « En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'Ordre Public ».

Ainsi ce texte dans son premier alinéa parle de « cas spécifiés » par la loi, et dans son second alinéa, il vise « l'Ordre Public », V. Govet, *Le Ministère Public*, 2[e] éd., Paris, 1939, p. 28 et suiv.

peut, d'une façon schématique, grouper les auteurs en deux catégories. D'un côté ceux qui exigent un texte formel pour reconnaître au ministère public le droit d'agir en matière civile, de l'autre ceux qui le lui concèdent dès que l'Ordre Public est en jeu. Alglave se range à cette seconde opinion : pour lui, le Ministère public peut agir en matière civile dès que l'Ordre Public est intéressé ; mais alors, pour qu'on ne lui objecte pas que l'Ordre Public est une notion mal délimitée, au sujet de laquelle on n'est pas d'accord, et qui par suite permettrait aux membres du parquet d'intervenir arbitrairement en matière civile, il est conduit, dans le dernier chapitre de son ouvrage, à en rechercher une *définition* précise.

II. — Avant d'essayer lui-même de donner une définition de l'Ordre Public, il passe en revue quelques opinions émises par les jurisconsultes avant lui. Alglave, après les avoir examinées, en dresse une critique sévère (4) sur laquelle il conviendra de revenir lorsqu'il faudra, dans la dernière section de ce chapitre, en faire une critique d'ensemble. Mais ce qu'il importe de souligner ici avant tout, c'est la formule générale à laquelle il aboutit. Qu'entend-il par Ordre Public ?

Alglave commence, tout d'abord, par poser un principe très général : « L'ordre public, c'est évidemment l'ordre de la société considérée au point de vue moral comme au point de vue matériel, dans le domaine des

---

(3) Alglave, *op. cit.*, chapitre VII, p. 491 et suiv. : « Définition de l'Ordre Public ».

(4) Alglave, *op. cit.*, p. 511 et suiv.

idées comme dans celui des faits; l'ordre public, c'est donc l'organisation de la société, et, par suite, les lois qui l'intéressent sont celles qui règlent plus ou moins directement cette organisation » (5). Puis il ajoute un peu plus loin : « L'ordre public n'a pas d'existence logique indépendante...; il ne préexiste point... au législateur dans ses éléments essentiels; il en émane au contraire tout entier et n'existe que par lui. La loi, en effet, est maîtresse d'organiser comme bon lui semble la société qu'elle institue ou consacre; or, comme l'ordre public est étroitement lié à cette organisation dont il n'est qu'une des faces, on peut dire que la volonté seule de la loi lui donne naissance, et que par suite elle a le droit absolu de le faire ce qu'il lui plaît qu'il soit. En réalité l'ordre public n'est pas une chose distincte; c'est simplement un mode, une manière d'être que possèdent certaines choses, ou pour employer des termes plus précis, un point de vue particulier sous lequel le législateur considère certaine de ses dispositions » (6). Mais si l'ordre public est une création d'ordre légal, il ne faudrait pas pour autant décider que toute loi est d'ordre public ; ici il y a une distinction à faire : « ...On peut faire deux grandes parts de toutes les dispositions législatives. Les unes ont pour but le maintien de l'organisation sociale, la protection des principes sur lesquels repose la société dont on s'occupe, par exemple les règles relatives aux divers pouvoirs, à l'organisation et à la défense de la propriété dans les limites où elle est reconnue, à la morale

(5) Alglave, *op. cit.*, p. 572.

(6) Alglave, *op. cit.*, p. 574.

publique telle qu'on la comprend, etc... en un mot tout ce que le législateur, à tort ou à raison, regarde comme utile à la société qu'il régit, tout ce qu'il consacre en vue de l'intérêt public. L'ensemble de ces règles, dispersées dans une foule de matières diverses, constitue ce qu'on appelle souvent le droit public, mais en donnant à ce mot un sens bien plus étendu que celui qu'il comporte lorsqu'il s'applique uniquement à l'organisation des pouvoirs sociaux. Les autres dispositions législatives règlent des points où l'on n'a pas cru l'intérêt social engagé et qui concernent seulement les citoyens; elles ont pour but l'intérêt privé, non pas de tel ou tel individu, ce qui serait contraire à l'impartialité du législateur, mais tous les intérêts privés en général. Elles forment ce qu'on peut appeler le droit privé, par opposition au droit public entendu comme nous venons de le dire » (7). Mais il est par suite nécessaire de trouver le critère du droit public, ainsi compris, de l'Ordre Public; c'est là le nœud de la question, et il n'est pas sans présenter de très sérieuses difficultés, car Alglave précise une fois de plus que l'Ordre Public est, si l'on peut s'exprimer ainsi, à la merci du législateur : « Cette distinction (du droit public et du droit privé, hoc sensu), comme nous l'avons déjà dit plus haut, repose entièrement sur la volonté du législateur, car celui-ci peut à son gré faire passer telle ou telle loi de la première classe dans la seconde ou de la seconde dans la première. Il jouit à cet égard d'une latitude que rien ne vient restreindre, de ce qu'on appelle ordinairement un pouvoir arbi-

(7) Alglave, *op. cit.*, p. 576 et 577.

traire, et c'est même pour cela qu'une définition rationnelle sera presque toujours exposée à être prise en défaut sur quelque point. En admettant que le législateur l'ait acceptée comme base, — hypothèse déjà fort contestable, — il suffit qu'il la perde de vue un seul instant, sciemment ou non, pour que cette erreur, peut-être involontaire, la rende aussitôt inexacte et insuffisante. Tout est donc à la merci des caprices du législateur. ...L'ordre public comprend donc toutes les choses que la loi a voulu y attacher » (8). Mais il faut aller encore plus avant dans cette voie, approfondir davantage la notion d'Ordre Public pour aboutir à une définition précise et définitive : « Quant au droit public, les particuliers peuvent bien, dans certains cas, tirer avantage de ses dispositions; mais il n'a pas été introduit en leur faveur, il n'est pas leur propriété; s'ils en profitent, c'est par un simple hasard que le législateur n'avait pas en vue, car il ne considérait que l'intérêt social; ils ne peuvent donc renoncer à ce bénéfice, car on ne renonce qu'à ce qu'on possède. La loi leur impose une règle pour protéger l'ordre public, sans s'inquiéter si cette règle leur sera utile ou nuisible; il se trouve qu'elle leur est utile, soit; mais ils ne peuvent pas plus céder cette utilité à un tiers qu'ils ne peuvent vendre la maison du voisin. Le critérium des lois « intéressant « l'ordre public, c'est donc que les particuliers ne « peuvent pas renoncer au bénéfice de leurs dispositions, « parce que ces dispositions n'ont pas été établies en « leur faveur, mais en faveur de l'Etat, parce que le « véritable intéressé ce n'est pas eux, mais la société.

---

(8) Alglave, *op. cit.*, p. 587 et 588.

Il ne faudrait point chercher là une définition intrinsèque de l'Ordre Public; mais n'est-il pas permis d'y voir au moins une définition extrinsèque à l'aide de laquelle on pourra le reconnaître plus aisément dans les cas particuliers » (9). Et Alglave complète sa démonstration en indiquant brièvement ce qu'il faut entendre par « bonnes mœurs ». « Ainsi, écrit-il, les bonnes mœurs, dans les limites où la loi les consacre, c'est toujours l'ordre public. Il n'y a qu'une différence d'origine. Lorsque le législateur reproduit une règle morale, cette règle lui préexistait : il ne la crée pas, il ne fait que la reconnaître, en lui donnant le caractère d'une obligation civile, et je dirai volontiers en lui prêtant une nouvelle force exécutoire. Lorsqu'il s'agit au contraire de l'Ordre Public proprement dit, c'est-à-dire de l'organisation sociale, tout est l'œuvre de la loi, tout lui doit la naissance, et elle ne trouve avant elle aucun principe qui la lie. Mais cette distinction d'origine une fois faite, il est clair que les deux ordres de dispositions ont le même caractère, puisqu'elles tirent uniquement de la loi leur force civile ! » (10).

III. — Ainsi Alglave, à la différence de tous les auteurs français du XIX^e^ siècle, a cherché non pas à donner une *énumération* des lois d'Ordre Public, mais une *définition* proprement dite de l'Ordre Public : il y a là un effort d'autant plus remarquable qu'il était isolé à son époque. Evidemment, ce premier point

---

(9) ALGLAVE, *op. cit.*, p. 589 et 590.

(10) ALGLAVE, *op. cit.*, p. 593 et 594.

constaté, il n'en reste pas moins que cette tentative soulève des critiques, non en raison de la méthode suivie, mais bien du résultat auquel elle aboutit. Car, en définitive, quelle est la définition que préconise Alglave ? Pour lui les lois d'Ordre Public sont celles auxquelles il est interdit de déroger, de renoncer, pour la simple raison qu'elles visent à maintenir l'organisation sociale, et non pas du tout à faire acquérir un avantage quelconque aux simples particuliers. Pour savoir si telle disposition légale est d'Ordre Public, il suffit de se rendre compte si on peut ou non renoncer à son bénéfice.

Il n'est pas difficile de montrer qu'il y a là un cercle vicieux, et on n'a pas manqué de le faire (11). Car il ne suffit pas de dire que les lois d'Ordre Public sont celles qui n'admettent aucune dérogation, encore faudrait-il dire pourquoi elles n'en admettent aucune, et on serait bien obligé de répondre : c'est parce qu'elles sont d'Ordre Public. Il y a donc là une pétition de principe, et la tentative faite par Alglave pour donner une définition de l'Ordre Public reste sans résultat; mais elle n'est pas complètement vaine, car il a eu le grand mérite d'apercevoir tout ce qu'il y avait d'artificiel dans l'application de la méthode analytique au problème de l'Ordre Public. On peut toutefois noter qu'à un autre point de vue, il ne s'est pas séparé si complètement qu'il l'a cru des doctrines « énumératives »; en effet, à leur imitation,

---

(11) Lyon-Caen : *Revue critique de Législation et de Jurisprudence,* 1875, p. 205-208, Compte rendu de l'ouvrage de E. Alglave, notamment p. 207.

il a donné à la solution de la question de l'Ordre Public en droit privé la plus grande place à l'élément légal : pour lui l'Ordre Public est ce que la loi veut qu'il soit. Mais ce dernier trait étant commun aux deux catégories de doctrine, nous allons tout naturellement le retrouver dans la section suivante.

Section troisième

Critique d'ensemble des doctrines de l'Ordre Public au XIX[e] siècle

Les Doctrines de l'Ordre Public au XIX siècle, bien que se rattachant aux deux grandes méthodes qui ont été l'apanage de l'Ecole classique, et aboutissant par suite à des résultats sensiblement différents — les unes donnant une *énumération* des « lois » d'Ordre Public, les autres une *définition* de l'Ordre Public — prêtent le flanc pourtant à des critiques qui leur sont communes. On n'a pas tardé à se rendre compte, en effet, que dans un cas comme dans l'autre, les idées fondamentales qui servaient de point de départ aux auteurs, étaient sensiblement les mêmes : il n'y a d'ailleurs là rien qui doive surprendre, puisque, dans le silence du Code, les auteurs avaient été conduits à appliquer au problème de l'Ordre Public, leurs principes généraux d'interprétation ; bien que suivant deux méthodes distinctes, les postulats qui les guident demeurent les mêmes pendant tout le cours du XIX[e] siècle. D'ail-

leurs les critiques ne datent pas d'aujourd'hui; déjà on les voyait formuler à la fin du XIX^e^ siècle; il est vrai qu'alors elles s'attaquaient plus à la *forme* qu'au *fond* même; elles méritent toutefois d'être signalées ici.

§ I. *Les Critiques d'Ordre purement* FORMEL, *dirigées contre la doctrine de l'Ordre Public au XIX^e^ siècle.*

Deux auteurs doivent être mentionnés : Huc et Vareilles-Sommières; tous deux esquissèrent leurs critiques, dans les dernières années du XIX^e^ siècle.

I. — Dès 1892, dans son « Commentaire théorique et pratique du Code Civil » (1), Huc met en avant, au sujet de l'Ordre Public, une théorie qui tend surtout, se plaçant à un point de vue purement formel, à ôter toute portée à l'art. 6 du Code, il commence par observer : « L'Ordre Public n'est qu'un résultat; il est la conséquence de l'observation de la loi par les citoyens. Toute violation de la loi compromet plus ou moins ce résultat. Considéré comme ayant une sorte d'existence abstraite, l'ordre public a pu être défini : l'arrangement résultant des lois ayant pour objet de fixer l'état des personnes ainsi que la capacité ou l'incapacité qui y est attachée et ajouterons-nous de sauvegarder l'intérêt des tiers » (2). Puis il se lance immédiatement dans une violente diatribe contre

(1) HUC : *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Paris, 1892, tome 1^er^, n° 186, p. 173 et suiv.

(2) HUC, *op. cit.*, p. 173 et 174.

l'article 6 : « Il importe d'observer, écrit-il, que la disposition de l'art. 6 n'a que la valeur d'une simple remarque ; elle tend seulement à constater que, en fait, les conventions dont il s'agit se trouvent destituées de toute efficacité. La portée législative de l'art. 6 est d'ailleurs nulle. Il pourrait disparaître du Code sans qu'aucune des conventions qu'il prévoit put être validée. Toutes ces conventions, en effet, sont nulles ou inefficaces, soit parce qu'elles n'ont pas d'objet, soit parce que leur objet est hors-du-commerce, soit — selon la théorie du Code sur la cause des obligations — parce que la cause est illicite ou absente, soit parce qu'elle tombe sous l'application de quelque autre règle de droit. Par conséquent, dans toutes les hypothèses auxquelles se référait le législateur quand il édictait l'art. 6, il y aura toujours pour prononcer la nullité ou l'inefficacité de la convention une raison juridique palpable, bien plus satisfaisante pour l'esprit que les vagues considérations dérivant d'un ordre public à peu près indéfinissable » (3).

Ainsi Huc partant en guerre contre l'article 6, finit par admettre que la notion d'Ordre Public doit être rejetée, comme totalement inutile. Seulement on a vu cet auteur, pour justifier la suppression de l'art. 6, s'appuyer sur ce fait que d'autres textes pourraient, d'une façon très satisfaisante, le remplacer; et il cite entre autres les textes visant la cause illicite; il est curieux de constater que Huc n'a pas vu que la « cause, aux termes de l'article 1133, est illicite quand elle est

---

(3) Huc, *op. cit.*, p. 174.

prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public »; l'ordre public pourra bien disparaître avec l'art. 6, il n'en subsistera pas moins, grâce à l'art. 1133 qui est l'objet de nombreuses applications. Ce que Huc a voulu dire, semble-t-il, c'est que, en présence d'une convention qui leur paraissait contraire à l'Ordre Public, les juges ont recours pour appuyer leur décision aux articles 1133, ou 1128, et nullement à l'art. 6. Il y a là une remarque qui n'est pas dénuée de valeur, l'art. 6 est rarement invoqué en justice; on préfère mettre en jeu, un texte qui fournisse directement un procédé technique d'annulation de la convention; cause, objet illicites, mais il n'en reste pas moins que l'art. 6 domine toute la matière; il est, à cet égard, tout à fait symptomatique qu'il soit un des rares textes qui aient été maintenus lors de la suppression du Livre Préliminaire : « Du Droit et des Lois »; il pose le principe fondamental de l'Ordre Public qui domine tout le Droit Privé. Il ne faut donc pas admettre la critique adressée par Huc à la notion d'Ordre Public; pourtant il y a dans ses développements (4) une idée à retenir : on a fait un usage abusif de cette notion, on y a eu recours dans des cas où elle n'avait pas à intervenir; c'est une idée que l'on retrouvera plus loin.

II. — C'est à une critique d'ordre également formel qu'aboutit M. de Vareilles-Sommières, dans un article

---

(4) Huc, *op. cit.*, n°s 188 à 193.

consacré à la notion d'Ordre Public (5). On peut en quelques lignes résumer les explications fournies par cet auteur. Pour lui, la doctrine classique a tort de parler de dérogation aux lois qui ne sont pas d'Ordre Public. En effet, d'après lui, toute loi est d'Ordre Public. Etant donné que le législateur a reçu le pouvoir de statuer dans l'intérêt de tous, il serait inadmissible qu'il fasse une loi qui n'intéresse pas la société toute entière ; il n'est pas possible de trouver une loi qui ne mette pas en jeu l'intérêt général; toute loi intéresse l'Ordre Public, aucune d'entre elles n'est d'intérêt purement privé. En conséquence il est impossible d'imaginer qu'un simple particulier puisse mettre de côté une règle qui a été édictée en vue de sauvegarder la société : on ne peut pas déroger à une loi. Pour Vareilles-Sommières, ce que l'on doit admettre, c'est que certaines lois sont faites en faveur des particuliers; elles leur accordent des droits, mais sans les leur imposer; ils pourront donc y « renoncer » : on ne déroge pas à une loi mais on peut renoncer au bénéfice des droits qu'elle accorde.

La critique de Vareilles-Sommières s'adresse donc, on s'en rend compte aisément, plus à la forme qu'au fond : on remplace l'expression « dérogation à la loi » par celle de « renonciation aux droits conférés par la loi », et voilà tout ce à quoi se réduit l'idée de cet auteur. Ici encore on se trouve en présence d'une critique d'ordre formel, elle laisse de côté le véritable problème de l'Ordre Public.

---

(5) Vareilles-Sommières : *Les lois d'Ordre Public et la dérogation aux lois*, Revue de Lille, 1899.

§ 2. — *Critiques de* FOND *des diverses doctrines de l'Ordre Public au XIX^e siècle. — Concilusions.*

Les deux auteurs dont on vient de rappeler les opinions, en ce qui concerne le problème de l'Ordre Public en Droit Privé, au cours du XIX^e siècle, ne paraissent pas avoir aperçu, en réalité, les critiques auxquelles donnaient lieu les théories développées en cette matière par l'école classique. Ils se sont bornés à proposer des modifications purement formelles, là où il fallait procéder à une revision d'ensemble. En effet, dans l'application qu'ils ont faite à l'Ordre Public de leurs méthodes d'interprétations, les auteurs ont, ici comme ailleurs, mis en jeu des principes auxquels il est difficile de se rallier sans réserve. On peut ramener à deux catégories les remarques qui s'imposent à l'examen de leur doctrine : d'une part, il est frappant de constater qu'ils ont rattaché le problème de l'Ordre Public à celui du rôle de la « volonté » en droit et, d'autre part, on doit noter l'exagération dont a été l'objet, ici, « l'élément légal ».

I. — Il est aisé, en effet, de constater en premier lieu, que les auteurs, au XIX^e siècle, ont tous rattaché d'une manière étroite l'étude de l'Ordre Public à celle du principe de « l'autonomie de la volonté »; on ne parle de l'Ordre Public qu'en annexe à la « liberté contractuelle ». Mais cette tendance ne signifie nullement qu'ils aient considéré les notions d'Ordre Public et de Bonnes Mœurs comme secondaires. On a vu, par les extraits de leurs œuvres, que bien au contraire ils ont

attaché à leur examen un soin particulier. Le principe de la liberté dans tous les domaines, et plus spécialement dans le domaine contractuel, semblait aller de soi au point qu'il leur paraissait inutile de le justifier, il y avait là un dogme auquel on devait croire sans essayer d'en chercher le fondement. C'est donc les exceptions à ce principe fondamental qui devaient attirer leur attention; on a dit, à juste titre, que la Doctrine classique s'ingénia, non pas à examiner le principe de l'autonomie de la volonté, mais bien la notion d'Ordre public qui lui apparaissait comme exceptionnelle (6), mais postulée par la nature des choses. Si l'on admet que le fondement du Droit est la liberté individuelle,

---

(6) Voir à ce sujet la thèse fondamentale de GOUNOT : *Le Principe de l'autonomie de la volonté en Droit Privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique.* Dijon, 1912.

V. également : DEREUX : *De l'interprétation des Actes juridiques privés*, Paris, 1905, p. 49 et suiv.

GENY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 1919, nos 171 et 172, tome 2.

RIPERT : *La Règle morale dans les obligations civiles*, 3e éd., *passim.*

DEMOGUE : *Traité des obligations en général*, tome 1er, nos 27 et suiv.; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN : *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Obligations, tome 6, nos 13 et suiv.; THALLER : *La vie juridique du Français*, ch. 7; *Le Crédit*, par G. MORIN, p. 20 et suiv.; JOSSERAND : *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3e éd., tome 1er, nos 131 et suiv; LOUIS-LUCAS : *L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé*, dans « Etudes de Droit Civil » à la mémoire de Henri Capitant, p. 469 et suiv.; V. également pour l'Ancien Droit : TISON : *Le Principe de l'Autonomie de la volonté dans l'Ancien Droit Français*, Paris, 1931, *passim.*

on se résignera aisément à y apporter quelques limites, aussi restreintes que possible, et qui ne soient nécessitées que par le désir de sauvegarder l'égale liberté d'autrui : le Droit a pour but de définir les limites assignées à la liberté de chaque individu (7); les lois qui jouent ce rôle seront qualifiées d'Ordre Public ou appelées fréquemment lois « impératives », par opposition aux lois « supplétives » qui, elles, se bornent à interpréter les volontés particulières. Etant donné ces prémisses on comprend aisément que les lois d'Ordre Public soient restreintes au strict minimum indispensable à la protection des volontés individuelles, encore doit-on reconnaître que toute exception à l'autonomie de la volonté sera cataloguée comme disposition d'Ordre Public (8). Les lois d'Ordre Public constituent donc l'exception : en principe c'est la volonté des particuliers qui règne en souveraine maîtresse. La conséquence la plus facile à imaginer, à la suite d'un point de départ semblable, s'impose : puisque ces lois constituent l'exception, on doit pouvoir en fournir une *énumération* exhaustive : aussi a-t-on vu les auteurs, au XIX^e^ siècle, tenter de dresser la liste des dispositions légales d'Ordre Public.

Une telle opinion se heurte à des objections insurmontables; rattacher étroitement la notion d'Ordre Public à l'autonomie de la volonté individuelle, c'est soumettre celle-là aux coups qui ont été portés avec succès à celle-ci. La théorie de l'autonomie de la volonté procède d'une

---

(7) Gounot, *op. cit.*, p. 86.

(8) Gounot, *op. cit.*, p. 92.

vue inexacte de la réalité (9) ; elle se présente comme découlant directement du libéralisme du XVIII[e] siècle ; « l'individu, considéré, abstraitement, comme une volonté libre et isolé du milieu social » apparaît comme devant être « l'objet unique, l'unique fondement, la fin unique du droit » (10). On a justement stigmatisé là, une conception « robinsoniste » de l'homme; on envisage l'homme abstraction faite du milieu, et du temps où il vit; or il y a là, sans aucun doute, une erreur; pour l'homme isolé, le Droit n'existe pas : qui dit Droit, dit groupe social. L'homme, dès sa naissance, a sa place marquée au sein d'un certain nombre de collectivités dont chacune lui impose des devoirs et lui confère des droits; l'homme est membre d'une famille déterminée, il exerce telle profession, il est citoyen de telle ville ou canton, il est lié à l'Etat par les liens de la nationalité. Le Droit est donc l'ensemble des règles qui régissent les rapports des hommes vivant en société. On a pu dire, que le principe de l'autonomie de la volonté, est un « accident », une sorte d' « erreur d'aiguillage » (11); il était ignoré totalement dans l'Ancien Droit (12), il est presque complètement anéanti de nos jours. Il n'est donc pas possible, en définitive, de rattacher l'Ordre Public, à titre d'exception, à un principe qui a donné

---

(9) V. sur ce point la brillante critique de Gounot, *op. cit.*, ch. V, *Réfutation générale de la Doctrine de l'Autonomie*, p. 318 et suiv.

(10) Gounot, *op. cit.*, p. 318.

(11) Gounot, *op. cit.*, p. 419.

(12) Tison, *op. cit.*, p. 185.

des preuves de sa fausseté. Mais on s'explique bien ainsi l'attitude des auteurs au XIX^e^ siècle à l'égard de l'Ordre Public.

Ce rattachement étroit eut, d'ailleurs, une autre conséquence également funeste; l'étude de la notion d'Ordre Public resta cantonnée dans le domaine de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire surtout des conventions. Les auteurs ne donnèrent pas à l'art. 6 du Code Civil, en dépit de la place dont il était l'objet, et des discussions non équivoques, qui avaient eu lieu à son sujet lors des travaux préparatoires, l'importance qu'il convenait de lui attribuer : ils ne virent pas que ce texte dominait tout le Code Civil, au même titre que les autres articles préliminaires du Code. Par leur prédilection pour la théorie générale des obligations et des contrats (13), ils ont méconnu la portée de l'art. 6 et de la notion d'Ordre Public qu'il contenait; ils n'en ont pas fait une théorie d'ensemble, mais bien plutôt un simple incident dans l'interprétation des lois; car, et c'est là, la seconde critique que l'on peut adresser à la doctrine de l'école classique en matière d'Ordre Public, elle « exagère, suivant la formule de M. Gény, « l'importance de l'élément légal » en notre matière comme en tous autres domaines du droit privé.

---

(13) Larombière ne déclarait-il pas dans l'introduction de sa *Théorie et Pratique des obligations*, 1857, tome 1^er^, p. I-II : « Il nous a toujours semblé que la loi générale des obligations et des contrats était la loi essentielle et fondamentale de la législation civile »..., qu'elle constituait .....« une partie de notre législation qui, plus que toute autre, semble respirer la puissance de la loi, la majesté du droit, la sainteté de la morale ».

II. — C'est à M. Gény que revient le mérite d'avoir dénoncé « l'exagération de l'élément légal dans la méthode juridique traditionnelle » (14). C'est d'ailleurs par là qu'il débute dans sa critique de la méthode de l'Ecole classique. Ce à quoi il entend s'attaquer, c'est au « fétichisme de la loi écrite et codifiée » (15).

Au cours du XIX^e^ siècle, les auteurs essayèrent sans aucun doute de dégager toute solution juridique positive de la loi écrite. Le Code Civil a prévu toutes les hypothèses dans lesquelles un règlement juridique pouvait avoir à intervenir, il a visé tous les cas ; il est vain de chercher en dehors de ses limites ce qui s'y trouve nécessairement (16). Or, il y a là un « préjugé » auquel il convient de s'attaquer sans relâche; la législation, même codifiée, ne peut « suffire à une révélation du droit, en permettant la mise en œuvre complète » (17). Par sa nature même, la loi écrite, renferme des lacunes qui légitiment l'admission à côté d'elle, d'autres sources du

---

(14) M. Gény : *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif. Essai critique,* 2^e^ éd., 2 volumes, Paris, 1919, tome 1^er^, chap. 1^er^, n^os^ 35-59, p. 69-123.

(15) M. Gény, *op. cit.,* n° 35, p. 69.

(16) Si tel est l'état d'esprit de la majorité des auteurs au cours du XIX^e^ siècle, il est nécessaire de noter que les rédacteurs du Code Civil, n'avaient pas versé dans semblable utopie; c'est ce que montre parfaitement M. Gény, qui rapporte un fragment de l'admirable « discours préliminaire » de Portalis, qui ne dissimulait pas l'impossibilité de tout prévoir en Droit; Gény, *op. cit.,* n^os^ 46 à 50.

(17) Gény, *op. cit.,* n° 54, p. 113. V. également H. de Page : *A propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit,* Sirey, 1931, *passim* et notamment p. 177 et suiv.

droit et même de la « libre recherche scientifique ». Il est inutile de rechercher dans la loi ce qui ne s'y trouve pas.

En effet, la loi émane de l'intelligence et de la volonté humaines, puisqu'elle est l'expression de la volonté d'un groupe d'hommes, constitués en Parlement, ou d'un Chef d'Etat, qui d'ailleurs ne peut s'extérioriser qu'en une formule : elle sera donc l'objet d'une double limitation, en tant qu'œuvre humaine d'une part et d'un autre côté en tant que consacrée par une formule écrite (18).

Et c'est ici qu'apparaît l'erreur la plus grave commise par l'Ecole traditionnelle; en matière d'Ordre Public, suivant sur ce point sa méthode générale, elle a attribué à la loi écrite une importance beaucoup trop grande. C'est un fait particulièrement notable chez les auteurs qui, attachés à la méthode analytique, s'efforcèrent d'*énumérer* des « lois » d'Ordre Public, mais également chez ceux qui tentèrent de donner une *définition* de l'Ordre Public. Les premiers, cataloguent des lois, uniquement des lois; il ne leur vient pas à l'esprit que l'Ordre Public puisse entrer en jeu, en dehors de tout texte légal, à la discrétion du juge. Le résultat le plus clair de leur effort, fut une incertitude qui, d'ailleurs, ne devait pas entraver le cours des décisions des tribunaux, ceux-ci se désintéressant alors presque totalement des efforts que la doctrine poursuivait de son côté, elle-même sans jeter les yeux vers la pratique judiciaire. Les tribunaux et les cours d'appel statuaient sans se

---

(18) Gény, *op. cit.*, nos 56 et suiv.

soucier des discussions que soulevaient le classement parmi les « lois » dites d'Ordre Public, de telle ou telle disposition légale. Le seul auteur qui tenta de définir directement l'Ordre Public aurait pu éviter cet écueil, il n'était pas obligé de parler de lois d'Ordre Public, aussi ne le fit-il pas, seulement l'élément légal qu'il chassait de ses théories revint par une autre porte en quelque sorte. C'est ainsi qu'après avoir défini l'Ordre Public, Alglave déclare que l'Ordre Public est l'ordre dans la société, or la société, d'après lui, est une création purement artificielle du législateur. La loi est libre d'organiser à son gré la société qu'elle institue ou consacre, l'ordre public étant « étroitement lié à cette organisation dont il n'est qu'une des faces, on peut dire, écrit-il, que la volonté seule de la loi lui donne naissance, et que par suite ee a le droit absolu de le faire ce qu'il lui plaît qu'il soit » (19). On ne peut pas être plus net ; l'Ordre Public est créé par la loi, c'est donc à la loi qu'il faut s'adresser pour savoir ce qu'il est ; et on ne devra pas rechercher en dehors d'elle ses éléments constitutifs.

Dans les deux méthodes, entre lesquelles se partagent les auteurs, apparaît donc un des vices fondamentaux de l'Ecole classique : « l'exagération de l'élément légal ». Dans un cas comme dans l'autre, c'est toujours à la loi écrite que l'on doit avoir recours pour trancher le problème de l'Ordre Public en Droit Privé. La loi a tout prévu. On ne doit rien chercher en dehors d'elle. Que l'on énumère les lois d'Ordre Public, ou que l'on décide que la loi définit souverainement l'Ordre Public,

---

(19) Alglave, *op. cit.*, p. 574.

c'est toujours dans la pensée que le législateur est omnipotent, et peut décider de la notion de l'Ordre Public, comme de toute autre question de droit .

A cette tendance naturelle des esprits à rechercher toute solution dans la loi écrite, s'ajoute au XIX^e^ siècle, en matière d'Ordre Public, une autre raison qui, sans faire l'objet d'aucune déclaration de la part des auteurs, apparaît néanmoins, en quelque sorte, entre les lignes. Et ici on retrouve l'dée autour de laquelle a été édifiée la première critique de la doctrine classique de l'Ordre Public, à savoir la prédominance du principe de « l'Autonomie de la Volonté » dans tout le cours du XIX^e^ siècle. Les individus sont libres d'organiser comme ils l'entendent leurs rapports juridiques, sous réserve de ne pas blesser l'Ordre Public et les bonnes mœurs, ces deux dernières restrictions étant entendues d'une façon très stricte. Or qui déterminera ce que l'on doit entendre par Ordre Public ? Le juge ? Mais alors c'est livrer les parties à l'arbitraire du magistrat, qui sous le couvert des art. 6 et 1133 du Code Civil, donnera libre cours à ses opinions particulières; le principe de la liberté contractuelle, de l'autonomie de la volonté, ne sera plus qu'un vain mot. Il faut à tout prix protéger les individus contre toutes les atteintes qu'un juge, véritable inquisiteur, serait tenté de porter contre la liberté individuelle. Quelle meilleure garantie, pourrait-on demander que celle-là même que fournit la loi, qui, elle, est générale, permanente par nature, c'est-à-dire impartiale. Pour sauver la notion d'Ordre Public, il est donc nécessaire de la fonder uniquement sur la loi écrite. Evidemment on est bien obligé de reconnaître que le juge devra jouer un rôle dans sa mise en œuvre, mais ce

rôle restera aussi minime que possible. Et c'est pourquoi, les auteurs, qui au cours du XIX[e] siècle, ont étudié l'Ordre Public, aboutissent en fin de compte à un résultat analogue, qu'ils *énumèrent les lois d'Ordre Public*, ou qu'ils essayent d'en donner une *définition*, définition qui n'est d'ailleurs pour eux que la constatation de ce que la loi a organisé elle-même; c'est toujours à la loi écrite que l'on demande la solution du problème de l'Ordre Public, et dans un cas comme dans l'autre, c'est parce que l'on désire *enfermer l'interprétation du juge, dans la crainte de son arbitraire, dans des limites tracées à l'avance et qu'il ne puisse sous aucun prétexte franchir*.

Comment les auteurs auraient-ils pu examiner sérieusement la notion d'Ordre Public, puisque tous leurs efforts tendaient, sinon à la supprimer complètement, du moins à en minimiser sans cesse la portée. Les erreurs que l'on peut découvrir à l'actif des Doctrines de l'Ordre Public au cours du XIX[e] siècle, erreurs que l'on vient de relever, trouvent là leur explication la plus simple, et leur condamnation la plus définitive.

CHAPITRE CINQUIÈME

Les Doctrines relatives à l'Ordre Public en Droit privé à l'Epoque contemporaine

Pour clore cette première partie, consacrée à l'examen des Doctrines relatives à l'Ordre Public en droit privé, il convient de donner un aperçu des théories développées à l'heure actuelle en cette matière. Les auteurs qui y ont consacré quelques pages sont assez nombreux; qu'il s'agisse de traités ou de thèses les opinions les plus diverses se sont fait jour.

Il est très difficile, étant donné le manque de recul, non seulement de porter un jugement sur les explications qui sont fournies à propos de l'Ordre Public, mais même de bien apercevoir la signification que chaque auteur y attache; à vouloir trop préciser on risque de déformer la pensée de chacun d'eux ; aussi, ne peut-on et même ne doit-on pas ici rechercher des catégories tranchées; il faut se borner à esquisser des tendances.

Un point, de la sorte, apparaît assez rapidement dans l'étude du problème de l'Ordre Public, certains auteurs se sont attachés à découvrir un *critérium,* relativement fixe et précis, qui permette de déterminer les règles qui doivent y être classées; d'autres auteurs se sont montrés moins exigeants, et se sont contentés d'indiquer quelques *directives,* que le Juge puisse suivre en la matière; d'autres, enfin, s'en *remettent* purement et simplement au *magistrat,* du soin de délimiter le contenu et le domaine de l'Ordre Public. Ce sont ces trois tendances qui n'ont que le mérite de fournir un cadre assez souple et n'ayant absolument rien d'absolu, et entre lesquelles les auteurs contemporains, peuvent être répartis, que l'on va étudier rapidement avant de tenter, nous-mêmes, dans notre deuxième partie, un essai de synthèse.

I. — Dans un premier groupe, on peut classer les théories qui cherchent à fixer un critère précis, de nature à délimiter, d'une façon, en quelque sorte infaillible la notion d'Ordre Public. Certains espèrent pouvoir trancher sans appel, un problème aussi complexe; il ne requiert qu'une solution, qui se révèle, d'après eux, tout à fait conforme à la réalité, à la nature des choses, partant à la justice et à l'utilité sociale. Examinons donc brièvement les opinions que l'on doit considérer, comme fondées sur ce postulat.

C'est ainsi que Henri Capitant, dans son « Introduction à l'étude du Droit Civil » déclare : « Déterminer quelles sont les lois d'Ordre Public est chose difficile, parce qu'il s'agit d'une expression un peu vague que le Code n'a nulle part définie; mais cette

détermination est importante et doit être tentée, car ces lois présentent des caractères particuliers qui les distinguent profondément des autres » (1). Après ce préambule, et après avoir indiqué les traits essentiels des dispositions légales d'Ordre Public, il ajoute : « On peut définir l'Ordre Public, l'Ordre dans l'Etat, c'est-à-dire l'arrangement des institutions, l'organisation des règles qui sont indispensables à l'exercice et au fonctionnement de l'Etat. Le mot ordre public indique en effet, l'idée d'une disposition logique, d'une subordination qui donne à l'ensemble l'unité et la vie » (2). Et l'auteur précise encore sa pensée : « Par leur nature même, les lois civiles d'Ordre Public doivent être l'exception, puisque le Droit civil est destiné à régler les rapports des individus entre eux, c'est-à-dire des intérêts purement privés; ces lois ne touchent à l'ordre public que dans la mesure où elles limitent la liberté des individus, afin d'empêcher que cette liberté ne devienne une cause de trouble, un danger pour l'ordre et la sécurité générale » (3). La pensée de l'illustre civiliste est simple : l'Ordre Public, c'est l'ordre dans l'Etat, la sécurité générale; toute disposition légale qui touche à cet ordre, qui tend à remédier à l'anarchie, intéresse l'Ordre Public. C'est donc bien à un critère fixe et relativement précis que l'on aboutit : l'Ordre Public c'est l'Ordre matériel, par opposition au désordre; ici Capitant prend le mot *ordre*

---

(1) Henri CAPITANT : *Introduction à l'étude du Droit Civil, notions générales,* 5e éd., Pedone, Paris, 1929, n° 27, p. 60.

(2) CAPITANT, *op. cit.,* n° 27, p. 61.

(3) CAPITANT, *op. cit.,* n° 28, p. 61.

dans son acception physique, extérieure, mais il n'en reste pas moins qu'il aboutit à une notion prédéterminée de l'Ordre Public (4).

C'est à un critère de même nature, mais de contenu différent que se range Duguit, dans un ouvrage, qui au début du XX^e^ siècle, provoqua et provoque encore de nombreuses controverses doctrinales, tant il bouleverse les notions jusqu'alors unanimement admises en Droit Privé (5). Pour cet auteur il faut, dans la législation civile, distinguer deux parties bien différentes que l'on a eu le tort de confondre trop souvent : la partie « normative », et la partie « constructive ». La partie « normative » d'un code, est l'ensemble des textes qui n'adressent pas d'injonctions aux individus, mais se bornent à constater une « règle de droit » (6) ; à titre d'exemples on peut citer un certain nombre d'articles du Code Civil Français ; l'article 544 qui pose le principe du droit de propriété, l'article 1382 qui trouve sans cesse à s'appliquer dans les relations humaines. Ces textes énoncent véritablement une « règle de droit », un « précepte » juridique; ils ne le créent pas, ils se bornent à le constater; c'est la partie « réelle » de toute législation, elle est fondamentale ;

---

(4) Les passages que nous avons reproduits au texte, ainsi que tous les développeents consacrés à l'Ordre Public, se retrouvent dans le *Cours élémentaire de Droit Civil Français,* par A. Colin et H. Capitant, 7^e^ éd., Paris, 1931, tome 1, n^os^ 7 à 9 *ter.*

(5) Léon Duguit : *Etudes de Droit Public,* tome I^er^. *L'Etat, le Droit objectif et la Loi Positive,* 1901, ch. VII, § 4 et 5.

(6) Duguit, *op. cit.,* p. 551-560.

impérative, elle s'impose à tous. A côté d'elle et venant, en quelque sorte, se superposer à elle, l'on doit mentionner, d'après Léon Duguit, ce qu'il appelle la partie « constructive » de la législation (7) ; ici l'on se trouve en présence de mesures destinées à assurer la réalisation, la mise en œuvre de la règle de droit; elle est purement artificielle et technique et ne constitue que l'accessoire des « Règles de Droit » qui, elles, forment la partie « normative » de la législation civile. C'est cette distinction capitale, qui va permettre à Léon Duguit de donner la solution, qu'il juge la plus satisfaisante au problème de l'Ordre Public. Qu'est-ce en effet pour lui ? Que faut-il entendre par Ordre Public ? : « L'Ordre Public ne peut être que l'intérêt social, quelle que soit la manière dont on le conçoit, pour nous, la solidarité sociale, pour d'autres la protection des droits individuels, pour d'autres encore, l'intérêt de la collectivité personnifiée » (8). Or pour lui toute loi est fondée sur l'intérêt social (sur ce point il rejoint l'opinion de Vareilles-Sommières), comment alors expliquer l'art. 6 du Code Civil qui semble répartir les lois en deux catégories, celles qui sont d'Ordre Public, et celles qui ne le sont pas ? Ici Duguit applique au Code Civil la distinction de la « norme » et de la « construction juridique ». Le Code Civil, est une vaste construction juridique, fondée sur un nombre très restreint de normes, normes qui sont par nature, répétons-le, impératives; en fait il n'y a que quatre

---

(7) Duguit, *op. cit.*, p. 560-576.

(8) Duguit, *op. cit.*, p. 566.

normes (9) : l'état et la capacité d'un individu, le statut familial, la propriété individuelle, le respect de la volonté contractuelle. Ces quatres normes constituent le seul élément « législatif » du Code, ... « tous les articles du Code, qui n'en sont pas l'expression immédiate, tacite ou formelle, ne sont que des mesures organisées en vue d'assurer la réalisation effective de ces normes » (15). Et l'auteur en arrive à la solution qu'il préconise : « On ne peut déroger aux lois qui touchent à l'Ordre Public, c'est-à-dire on ne peut déroger aux normes juridiques qui sont à la base du présent code et dont ce code n'est que la construction : mais les règles constructives ne sont établies qu'à titre facultatif, elles sont laissées à la libre disposition des particuliers, qui peuvent en user ou non, et elles s'appliqueront si les particuliers n'ont pas exprimé une intention contraire; mais elles s'imposent toujours au juge, qui doit assurer le respect de l'état des personnes, de la propriété, des conventions et qui doit toujours, à moins d'arrangement contraire des particuliers, appliquer les règles constructives établies par le Code. Celles-ci sont facultatives pour les particuliers, elles ne le sont point pour les agents de l'Etat » (11). Donc Duguit aboutit, au même titre que Capitant à un critère fixe de l'Ordre Public : tout le problème pour lui consiste à rechercher pour « chaque disposition des lois civiles, si elles doivent être considérées comme l'expression d'une norme juridique proprement dite, ou sim-

(9) Duguit, *op. cit.*, p. 567.
(10) Duguit, *op. cit.*, p. 567.
(11) Duguit, *op. cit.*, p. 567.

plement comme une règle constructive mise à la disposition des intéressés »; pour Capitant l'Ordre Public, est la paix, l'ordre dans l'Etat. Quant à Duguit, il entend par là toute « norme » juridique; dans un cas comme dans l'autre la notion d'Ordre Public se prête à une détermination sans ambiguité (13).

Cette première tendance ne pouvait manquer, surtout à raison de la personnalité de ceux qui en étaient les champions, de former un courant doctrinal, orienté vers la recherche d'un critère fixe de la notion d'Ordre Public; aussi ne doit-on pas s'étonner de voir certains auteurs de thèses, abonder en ce sens. Mentionnons ici la thèse de M. Marmion (14). Pour cet auteur il faut entendre par Ordre Public, au sens de l'article 6 du Code Civil, l'ensemble des lois impératives. Qu'entendre alors par loi impérative ? C'est, dit M. Marmion, toute disposition légale, à laquelle « le bénéficiaire du droit qu'elle crée, ne peut dans certaines conditions, s'en priver lui-même, soit ouvertement par une convention synallagmatique, expresse, par l'acceptation d'une clause dérogatoire insérée dans un acte à titre

---

(12) DUGUIT, *op. cit.*, p. 668.

(13) La conception de l'Ordre Public mise en avant par Duguit s'explique tout naturellement si l'on veut bien se rappeler le fondement qu'il assigne au Droit en général; nous ne pouvons pas, sans sortir de notre sujet, aborder, même de loin, l'examen de sa théorie, d'ailleurs elle a été, au cours de ces dernières années l'objet d'études, dont les conclusions dispensent d'y insister. V. notamment, GÉNY : *Science et technique en Droit Privé Positif*, tome II, nos 115-133; tome IV, p. 159-213.

(14) MARMION : *Etude sur les lois d'Ordre Public, en Droit Civil interne*, Paris, 1924.

gratuit, par une renonciation unilatérale et spontanée, soit d'une façon détournée par des actes en apparence valables, en réalité accomplis, dans le but de frauder la loi, comme il arrive par exemple dans le cas de « période suspecte » en matière civile »... (15). En fin de compte il faut, pour se trouver en présence d'une disposition légale d'Ordre Public, entrevoir un bénéfice légal auquel, on ne puisse jamais ou tout au moins dans certaines circonstances, renoncer. Mais alors la question rebondit : quand ne peut-on pas renoncer au bénéfice d'une loi ? Quelles lois sont impératives ? Et voici la formule à laquelle cet auteur croit devoir se ranger : « Chaque fois que l'abandon d'un droit peut priver son bénéficiaire d'une satisfaction exclusivement morale, absolument isolée de toute satisfaction et de tout résultat pécuniaire, il n'est pas permis en principe de renoncer à ce droit et la loi qui le consacre doit être toujours considérée comme impérative » (16). En résumé, serait d'Ordre Public la loi qui aurait pour fondement un intérêt extra-pécuniaire, d'ordre strictement moral. On peut faire quelques objections très simples à cette théorie, qui en montrent la fragilité (17).

---

(15) MARMION, *op. cit.*, p.

(16) MARMION, *op. cit.*, p. 113.

(17) Sur cette tendance à définir les lois d'Ordre Public, comme étant celles qui confèrent aux individus des droits extra patrimoniaux ; voir :

PLANIOL et RIPERT : *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tome VI, Les « Obligations », par ESMEIN, n° 226, p. 304.

BEUDANT : *Cours de Droit Civil Français*, 2e éd., 1934, publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, tome 1er, avec la collaboration de Mme Béquignon-Lagarde, n° 207, p. 197.

La volonté des individus n'est pas sans efficacité dans le domaine des droits extrapatrimoniaux; elle intervient dans l'émancipation, dans l'adoption, dans le mariage; d'un autre côté une loi, bien que n'accordant à un individu qu'un droit purement patrimonial, peut être impérative : il en est ainsi des lois sur les accidents du travail, de celles qui prévoient la prorogation des baux, ou posent le principe et la mise en œuvre de la « propriété commerciale » (18). Il n'est donc pas exact de dire, comme le fait M. Marmion, que seules les lois assurant aux particuliers un bénéfice pécuniaire sont susceptibles de dérogation ; c'est à la fois minimiser la portée de la liberté des conventions, puisque même en matière de droit des personnes, la volonté intervient souvent, et d'un autre côté en exagérer le domaine, puisque certaines matières de nature pourtant exclusivement patrimoniale, y sont soustraites; à ce dernier point de vue on a pu parler récemment « d'Ordre Public Economique ». On notera également que M. Marmion ne semble pas détacher l'étude du problème de l'Ordre Public, du domaine de la loi écrite ; il envisage les « lois » impératives, les « lois » qui accordent aux individus, des droits patrimoniaux ou extrapatrimoniaux. Renvoyons à la critique déjà présentée de l'*exagération de l'élément légal.*

II. — Dans le premier paragraphe, on a donné quelques extraits montrant que leurs auteurs n'hésitent pas à rechercher, et à préconiser un critérium fixe de

---

(18) Planiol, Ripert et Esmein, *op. cit.*, p. 305.

la notion d'Ordre Public. A l'extrême opposé, on se trouve en présence de ceux qui, devant les difficultés soulevées par le problème de l'Ordre Public en Droit Privé, renoncent à tout effort de recherche, pour s'en remettre au juge du soin de déterminer en présence de chaque cas déterminé, ce qu'il faut entendre par Ordre Public. A vrai dire il n'y a plus ni « lois » d'Ordre Public, ni « notion » d'Ordre Public, on se trouve alors en face de décisions qui invoquent l'article 6, ou les articles 1131 et 1133 du Code Civil ; on n'essaye pas de discuter les résultats obtenus : le juge s'est prononcé, on n'a plus qu'à s'incliner !

C'est à cette tendance que cède M. Josserand lorsque, dans son magistral « Cours de Droit Civil Positif Français », il écrit : « Le principe de la liberté (des conventions) vaut pour le fond comme pour la forme; les contractants peuvent mettre dans leurs accords tout ce qu'ils jugent bon d'insérer; la règle est que tout ce qui n'est pas défendu est permis. C'est donc qu'il y a quelque chose de défendu, au nom des intérêts de la société, et en effet, aux termes de l'article 6 :..... « Il est, continue l'auteur, parmi les dispositions du droit écrit, des lois que les particuliers ne sauraient écarter, auxquelles il ne leur appartient pas de déroger, à savoir celles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, notions d'ailleurs aussi vagues que fondamentales... En fait, la détermination des lois intéressant l'Ordre public et les bonnes mœurs est extrêmement délicate et prête à l'arbitraire; l'article 6 confère au juge un pouvoir redoutable et presque sans limites. Dans l'application, il tient compte, fort sage-

ment, de l'état des mœurs et de l'opinion publique; il ne doit pas perdre de vue le caractère changeant et évolutif de la moralité juridique... » (19. C'est une conclusion analogue que l'on retrouve dans maints passages du « Traité des obligations » de M. Demogue; c'est encore aux tribunaux que reviendra la mission de se prononcer sur la validité de l'obligation: « Ils (les tribunaux) voient dans la réalité des choses si l'obligation est « socialement » utile. L'utilité sociale de l'obligation tout est là. Et cette utilité peut être envisagée à un point de vue individuel, et par réaction sociale, elle peut l'être à un point de vue social » (20). Cette utilité sociale sera, grâce à la théorie de la cause, une arme des plus efficaces, aux mains du juge; elle servira à contrôler l'obligation civile : « La théorie de la cause, celle de l'objet, c'est le pouvoir social intervenant dans les contrats privés, c'est la surveillance de la société sur l'utilité, la moralité de ces actes. Par la force des choses, la justice administre, elle distingue en s'occupant de causes partielles; en disant : ceci est illicite par rapport à l'un, et non par rapport à l'autre, elle fait œuvre souple, parfois hésitante, mais elle fait ce que doit faire la société tenant son rôle de collaboratrice dans les conventions privées » (21). Le juge est donc, dans cette théorie, appelé à jouer un rôle considérable, non pas à proprement parler, dans l'élabora-

---

(19) Josserand : *Cours de Droit Positif Français,* 3e éd., Paris, 1938, tome Ier, n° 137, p. 102-103.

(20) Demogue : *Traité des obligations en général,* tome 2, p. 540.

(21) Demogue, *op. cit.,* p. 753.

tion même des conventions et la naissance des obligations, mais tout au moins en ce qui concerne la réalisation de leurs effets juridiques; il aura un pouvoir de contrôle, d'investigation très étendu, il lui sera ainsi possible, de faire dominer, à l'encontre de volontés individuelles égoïstes, l'intérêt général, représenté par l'intérêt de la majorité (22). Mais, en définitive on s'en remet toujours pour la détermination de la notion l'Ordre Public à l'appréciation discrétionnaire du juge, à laquelle en ne tente même pas de fixer quelques limites.

Cette tendance trouve son expression la plus complète dans des travaux remarquables que M. Julliot de La Morandière, a consacrés récemment à la notion d'Ordre Public (23). Après avoir tenté de fixer un critère qui permette de trancher d'une manière quasi-absolue cette difficile matière, M. Julliot de La Morandière reconnaît l'inutilité de tous les efforts qui ont été tentés en ce sens, et il en arrive donc à l'idée qui domine sa théorie de l'Ordre Public, à savoir qu'il faut s'en remettre au juge, ainsi que MM. Josserand et Demogue le préconisaient, du soin de dire ce qu'il faut

---

(22) Demogue : *Les Notions Fondamentales du Droit Privé*, Paris, 1911, p. 171-172.

(23) Julliot de La Morandière : *Cours de Doctorat*, 1931-1932, Paris, notamment p. 289 et suiv.; *L'Ordre Public en Droit Privé interne*, dans « Etudes de Droit Civil à la mémoire de Henri Capitant », p. 381-401; V. également Colin et Capitant : *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, 9e éd., avec la collaboration de M. Julliot de La Morandière, Paris, 1939-1940, tome 1er, n° II, p. 10-13.

entendre par là : « C'est le juge qui aura à décider de tous ces points. Il est impossible de ne pas lui reconnaître ce pouvoir. La base individualiste de la doctrine classique est en effet trop étroite. Le droit est avant tout une science sociale : sa fin, son but, ne peut être l'exaltation de l'individu, mais bien la paix sociale, c'est-à-dire[e] l'équilibre entre les individus, l'ordre au sein de la société. Dans l'intérêt même de cet équilibre, le Droit reconnaît une valeur à la volonté individuelle, aux contrats par exemple. Il le fait, non pas pour s'incliner devant la toute puissance de cette volonté, mais parce que l'expérience des peuples montre que le respect de la parole donnée est un élément de la paix sociale. ...En dehors des cas où la loi a parlé, il est nécessaire de reconnaître au juge, placé en face des faits de chaque classe, le pouvoir d'estimer si les nécessités sociales ne doivent pas s'opposer à ce qu'ont voulu les individus. Ces nécessités sont elles-mêmes mouvantes et multiples, il est impossible de les préciser d'une façon nette et rigide. Sans doute on court le danger d'arbitraire, mais ce danger est inévitable. On y parera d'abord par le soin avec lequel se sont recrutés les magistrats et organisées les différentes juridictions. On devra d'ailleurs faire ici une application des principes qui dominent l'interprétation jurisprudentielle de façon générale. Le juge ne peut pas être libre à sa fantaisie d'appliquer ou non la notion d'Ordre Public ; il ne doit pas avoir une conception personnelle, purement subjective, de l'Ordre Public. En réalité notre jurisprudence trouve la base de ses arrêts en ces matières dans des éléments objectifs, soit les textes en vigueur, soit l'esprit qui résulte de

l'ensemble de la législation, soit les tendances générales de l'opinion et l'observation des faits économiques et sociaux » (24).

Cette deuxième tendance, reconnaissant aux juges des pouvoirs extrêmement étendus en matière d'Ordre Public, a trouvé un écho dans un certain nombre de thèses de Doctorat, parues au cours de ces dernières années. Il en est ainsi notamment de la thèse de M. René Japiot, qui, après avoir reconnu que « l'Ordre public... emprunte... une partie de sa majesté au mystère qui l'environne », et que « pratiquement sa supériorité s'est bien manifestée surtout par ce fait qu'il est resté toujours au-dessus des efforts tentés par les jurisconsultes pour le définir » (25), est amené à reconnaître que la sphère des « intérêts d'ordre public » n'est pas distincte de celle des simples intérêts privés (26). En réalité rechercher quand une règle est d'Ordre Public, c'est tenter de découvrir des intérêts supérieurs vitaux, des intérêts touchant aux bases fondamentales de la société, et qui sont indispensables à sa conservation. Tout le problème se ramène donc à une simple question de degré, de comparaison. La règle d'Ordre Public est donc uniquement une règle plus importante parce qu'elle touche à des intérêts plus importants (27).

---

(24) Julliot de La Morandière : *L'Ordre Public en Droit Privé interne*, dans « Etudes à la Mémoire de Henri Capitant », p. 388 et 389.

(25) Japiot : *Des nullités en matière d'actes Juridiques*, Dijon, 1909, p. 302 et 303.

(26) V. en ce sens Gény : *Méthode d'interprétation*, 2e éd., Paris, 1919, tome 2, n° 175, p. 178.

(27) Japiot, *op. cit.*, p. 304.

Mais pourquoi ces intérêts sont-ils plus importants ? C'est, d'après M. Japiot « surtout parce qu'on les apprécie comme tels. L'étendue et la gravité matérielle des répercussions pratiques de la règle ne sont pas certes sans influer sur l'appréciation; mais celle-ci dépend surtout des « idées », des conceptions philosophiques ou morales... La notion d'Ordre Public se résout donc en une simple importance attribuée à la règle par une appréciation subjective » (28). Cette comparaison, ce sera le juge qui la fera dans chaque espèce qui lui sera soumise, c'est lui qui tiendra la balance des intérêts en présence, et qui déterminera celui qui, à raison de son importance sociale, mérite d'avoir le premier pas, d'être qualifié d'Ordre Public.

Tandis que les auteurs classés dans le premier groupe n'hésitent pas à donner un critérium fixe, définitif de la notion d'Ordre Public, ceux dont l'on vient de donner quelques aperçus, découragés par l'imprécision d'un tel concept, renoncent à en donner une définition pour s'en remettre purement et simplement à l'arbitrage du magistrat. On lui fait, sans arrière-pensée, confiance pour l'accomplissement de cette mission difficile, dont on est persuadé qu'il se tirera au mieux. La doctrine ici au lieu, comme c'est son rôle normal, d'aider et d'éclairer la marche de la jurisprudence, abdique devant elle. Pourtant, même chez les auteurs précités, on a noté une tendance, en quelque sorte embryonnaire, à guider l'interprétation du juge en cette matière. On ne lui laisse pas totalement les mains libres. Certains mentionnent quelques princi-

(28) Japiot, *op. cit.*, p. 304 et 305.

pes qu'il devra suivre, ou tout au moins que l'on espère lui voir suivre, dans la détermination de la notion d'Ordre Public; on lui fournit quelques conseils pratiques, sans d'ailleurs se faire grande illusion sur la façon dont il les écoutera; c'est ainsi que M. Josserand conseille au magistrat de s'appuyer sur « l'opinion publique » pour rechercher les cas d'application des articles 6 et 1131-1133 du Code Civil (29) et c'est également ce que préconise M. Demogue (30). L'opinion comune, on l'esvère, fournira l'unité de mesures du caractère des dispositions légales; on verra ainsi assez facilement où résident les règles d'Ordre Public (31).

---

(29) JOSSERAND, *op. cit.*, p. 103.

(30) DEMOGUE, *op. cit.*, p. 598.

(31) V. sur le rôle de la conscience collective dans la formation du Droit les très justes remarques de M. GÉNY : *Science et Technique en droit privé positif*, tome 2, *Elaboration scientifique du Droit Positif* (*L'irréductible droit naturel*) octobre 1915, chapitre 2, p. 40-50.

A l'encontre des théories qui proclament que le Droit se formerait et se développerait en vertu d'une sorte de « consensus » général du public, par la force de l'opinion, la croyance au caractère impératif d'une règle, M. Gény relève fort justement qu'il s'agit là d'une simple « constatation », et non d'une « justification » : il ne s'agit pas de savoir ce qui est, il faut savoir si cela doit être ainsi (GÉNY, *op. cit.*, fasc. cit.). V. également du même auteur : *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif*, 2e éd., Paris, 1919, tome 2, n° 157.

C'est pourtant bien, en se basant sur l' « opinion », sur la « conscience collective », qu'un auteur a essayé encore récemment de résoudre le problème de l'Ordre Public. V. PASCANU : *La notion d'Ordre Public par rapport aux transformations du Droit Civil*, Paris, 1937. Evidemment de par le sujet même de sa thèse, l'auteur était conduit à ne voir

M. René Japiot, suivi d'ailleurs sur ce point par M. Julliot de La Morandière, fait appel aux conceptions philosophiques ou morales, ce qui élève un peu le problème sans beaucoup le préciser. Mais ici l'idée essentielle demeure ; le juge seul est à même de délimiter le contenu, le domaine de la notion d'Ordre Public, les quelques indications que l'on produit sur sa méthode d'interprétation ne peuvent en rien la brider, ni même plus simplement la guider.

III. — Il n'en est plus tout à fait de même chez les auteurs que l'on doit ranger ici en une catégorie intermédiaire, qui constitue d'ailleurs la tendance la plus généralement suivie. Ils ne s'en remettent pas entièrement au juge du soin de déterminer la notion d'Ordre Public; mais à l'inverse ils reconnaissent l'impossibilité d'aboutir à un critère précis; aussi préfèrent-ils, tout en reconnaissant au magistrat de larges pouvoirs, lui tracer en quelque sorte la voie : ils lui fournissent non plus de vagues indications, de simples recommandations, mais des « directives » suffisamment nettes

---

dans l'Ordre Public, qu'une notion mouvante et sans consistance aucune : « Notre intention, écrit-il, a été de faire ressortir de tout cet exposé le fait que le Droit est essentiellement processif. Il est l'effort de trancher un conflit social par rapport à une idée socialement légitime, la lutte pour instaurer un plan politique, la lutte pour défendre l'Ordre juridique existant... ...La lutte pour le Droit se livre au nom de l'Ordre public, car des deux côtés on essayera de légitimer une idée, un plan, une institution, par rapport à la conscience collective », (*op. cit.*, p. 200 et 201). Nous croyons que la remarque judicieuse de M. Gény, rapportée plus haut, détruit cette argumentation.

pour faciliter son interprétation, sans jamais être rigides au point de lui ôter toute liberté d'action. Quelques exemples, choisis parmi les plus marquants, vont facilement convaincre de l'existence actuelle de cette troisième tendance.

A. — C'est, tout d'abord, l'idée dominante dans les manuels et traités de Droit Civil, à l'heure actuelle. MM. Planiol, Ripert et Esmein, après avoir examiné un certain nombre de définitions, concluent en ce qui concerne l'Ordre Public, que son caractère doit être recherché... « dans l'existence ou l'absence d'un intérêt supérieur ou d'un devoir de la collectivité à faire obstacle aux conventions des particuliers. Intérêt général et intérêt d'Ordre Public sont d'ailleurs des expressions de sens très voisin. C'est parce que le sens de la deuxième a été quelque peu obscurci par les analyses auxquelles elle a donné lieu que la première peut utilement lui être adjointe. L'une et l'autre d'ailleurs ne donnent qu'une orientation » (32). C'est une directive semblable que l'on retrouve dans le « Cours » de Charles

---

(32) PLANIOL et RIPERT : *Traité de Droit Civil Français*, tome 6, « Les Obligations », avec la collaboration de M. ESMEIN, p.

V. dans le même sens : PLANIOL : *Traité élémentaire de Droit Civil*, avec la collaboration de M. RIPERT, tome 1, 12e éd., nouveau tirage, Paris, 1939, n° 291, p. 118 : « En outre, une loi peut appartenir au droit privé et être cependant d'ordre public. Il en est ainsi toutes les fois que la disposition de la loi est motivée par la considération d'un « intérêt général », qui se trouverait compromis si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi ».

Beudant (33) : « Il faut se contenter des directives précédemment indiquées : sont d'ordre public, les lois où domine la préoccupation d'un intérêt général, d'un ordre qui ne peut régner qu'à la condition d'être commun à tous...; c'est affaire de jurisprudence ». Le juge, doit donc dans chaque cas décider si l'intérêt général est en jeu; ce sera donc là que résidera le critère de la notion d'Ordre Public, notion éminemment souple et variable. Ici tout au moins, le juge n'est pas laissé à son arbitraire : il doit rechercher la satisfaction de l'intérêt général; c'est ce que constate Baudry-Lacantinerie et M. Guyot, dans son « Précis » : « L'Ordre Public c'est l'organisation considérée comme nécessaire pour le bon fonctionnement général de la société. C'est la conséquence d'un certain nombre d'idées sociales politiques, morales, religieuses parfois, que le législateur considère comme fondamentales pour l'existence de la nation telle qu'il la comprend et la souhaite » (34).

B. — Un certain nombre de thèses, développent des conceptions qui relèvent de la même tendance : on n'y trouve ni un critère fixe de l'Ordre Public, ni l'abandon à la volonté du magistrat; mais une directive, une orientation assez souple. M. Louis-Lucas étudiant les

---

(33) Charles Beudant : *Cours de Droit Civil Français*, 2e éd., Paris, 1934, publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, tome 1, avec la collaboration de Mme Béquignon-Lagarde, n° 208.

(34) Baudry-Lacantinerie : *Précis élémentaire de Droit Civil*, 13e éd., mise au courant par P. Guyot, 1922, tome 1er, p. 51.

éléments générateurs du lien obligatoire est conduit à admettre qu'il y en a trois bien distincts : la « volonté », élément intellectuel, la « cause », élément objectif et quantitatif, et enfin « l'ordre public ». Quant à ce dernier sa mission est... « de grouper cette série variable d'exigences de droit, que chaque époque connaît et qui sont comme la mentalité d'une civilisation... L'ordre public est... la délimitation du minimum de convenance sociale, au-dessous duquel l'obligation née d'un fait licite ne peut pratiquement être maintenue en tant qu'obligation juridiquement valable (35) ; et l'auteur complète sa pensée en déclarant : « En lui (l'Ordre Public), nous devons donc nous attendre à trouver une traduction de la morale dans le droit; mais une traduction un peu lointaine, qui est aussi une adaptation, car c'est par un intermédiaire — la société — que cette réaction est obtenue. C'est la combinaison de ces influences — moralité générale et intérêt collectif qui conditionne l'Ordre Public lequel est une convenance, et une convenance sociale. Il est une convenance ; il achève la justice privée, en y apportant l'idée de licéité, qui moralise l'activité des parties. Il est une convenance sociale, car cette moralisation s'étend de ces intérêts privés aux intérêts généraux des tiers, et enfin aux intérêts collectifs de la société toute entière Ainsi l'Ordre Public peut être décomposé en une certaine licéité et en une certaine solidarité. Mais ce ne sont point deux idées hétérogènes, artificiellement groupées

---

(35) Louis-Lucas : *Volonté et Cause* (Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du Lien obligatoire en Droit Privé), Dijon, 1918, p. 156.

sous un même concept : ce sont deux chefs d'une seule donnée centrale : la puissance d'Ordre, telle qu'elle se dégage de l'organisation sociale légitime » (36).

Et pour caractériser la théorie de M. Louis-Lucas, il importe d'ajouter que, à l'image de certains auteurs rangés dans notre groupe, il réserve une place importante dans la solution du problème de l'Ordre Public à l'opinion, à la conscience collective moyenne : « L'obligation, écrit-il, n'est pas légitime lorsque son objet constitue une atteinte certaine à la moralité publique, telle qu'elle résulte de l'opinion actuelle » (37). Ce sera donc l'opinion de la majorité qui définira ce minimum de licéité au-dessous duquel une obligation ne doit pas descendre pour demeure valable (38).

---

(36) Louis-Lucas, *op. cit.*, p. 158.

(37) Louis-Lucas, *op. cit.*, p. 161.

(38) C'est également à une « directive » très souple qu'aboutit une thèse récente : Marcelle Claps-Lienhart : *L'Ordre Public. Essai.* Lyon, 1934. L'auteur définit l'Ordre Public, comme étant... » pour les nations ce que l'ordre naturel est pour l'homme : un instinct de conservation et d'accroissement », (*op. cit.*, p. 233). Toute l'argumentation de cet auteur repose sur la distinction d'un « ordre naturel » et d'un « ordre public ». C'est ainsi qu'en matière de capacité des personnes, la liberté constitue l'ordre naturel, le droit naturel; les incapacités sont établies dans un intérêt supérieur, celui de la protection de la famille, donc les règles de droit relatives aux incapacités sont d'Ordre Public. Le droit naturel, qui forme cependant la base de notre droit, est souvent battu en brèche dans ses applications par un principe supérieur, principe qui est basé sur des considérations matérielles et morales visant à la défense et à l'accroissement d'une nation (*op. cit.*, p. 130). Ainsi, ce que

A la suite de l'examen de ces trois groupes de théories contemporaines, il est utile de présenter deux remarques, chacune d'elles étant consacrée à un trait caractéristique.

I. — La première, est qu'il est curieux de constater l'imprécision de toutes ces études consacrées à la notion d'ordre public. Aucun point de repère vraiment stable et exempt de critique ne les soutient et ne les met à l'abri des réfutations. Chacune d'elles se heurte à l'impossibilité de trancher, sinon définitivement — ce qui serait humainement impossible et même stérile — du moins d'une façon satisfaisante le problème de l'Ordre Public. D'une façon générale, après quelques développements ou quelques considérations sur les diverses dispositions légales susceptibles d'y rentrer, les auteurs aboutissent à une substitution de termes; ils étaient partis de l'expression « Ordre Public », ils arrivent à une autre expression, purement synonyme : « inté-

---

cet auteur entend par droit naturel, est l'absence de toute règle de droit, l'absence de réglementation : l'anarchie est donc pour elle de droit naturel ! De plus il est difficile de justifier l'existence de ces règles positives, qui viennent continuellement limiter et refouler le droit naturel. Mais en définitive ce que cet auteur entend par droit naturel, n'est pas du tout la « notion de Droit », mais bien l'état de nature, l'absence de droit positif. Par suite nous traduirons ce qu'elle entend en parlant de « droit naturel » par absence de règles de droit, et par droit positif, ce qu'elle entend par Ordre Public. Il n'est pas utile de recourir au concept d'Ordre Public pour se rendre compte que le Droit a pour mission immédiate de réprimer le désordre : c'est là sa fonction la plus apparente, nous dirons même la plus simpliste.

rêt général », « intérêt collectif », « intérêt vital de la société (39). Et, au premier abord ils semblent se contenter de cette transposition; on croit, ou tout au moins, on pourrait croire que de cette façon, le problème d'Ordre Public est élucidé. Ou bien, abandonnant toute tentative personnelle, certains ont recours au juge; il n'existe pas de réponse satisfaisante à la question pressante de l'Ordre Public, que le juge décide donc par lui-même! C'est une capitulation, en quelque sorte ; n'ayant comme seule consolation, que la satisfaction de penser que le magistrat — qu'on veuille bien nous passer l'expression — se « débrouillera » très bien tout seul.

II. — Mais, qu'il s'agisse des auteurs qui abandonnent ainsi la lutte, ou de ceux qui tentent encore de donner eux-mêmes une solution, aucun ne se fait d'illusion sur le résultat que l'on obtiendra d'une façon ou d'une autre; et c'est ici qu'apparaît le second trait qui caractérise les théories actuelles de l'Ordre Public : leur « pessimisme ». Les auteurs ne cachent nullement, tant s'en faut, leur façon de voir; on n'a que l'embarras du choix pour trouver des déclarations en ce sens. Presque tous, en abordant l'étude de cette notion, montrent par avance l'inutilité de leurs efforts; c'est à qui proclamera l'obscurité, l'ambiguité de cette notion. Ils se plaisent à insister sur son caractère « vague » (40),

---

(39) HÉMARD : *Précis élémentaire de Droit Civil*, 1re éd., Paris, 1928, tome 1er, nº 265.

(40) JOSSERAND, *op. cit.*, nº 137, p. 102; CAPITANT : *Introduction à l'étude du Droit Civil*, 5e éd., 1929, nº 27, p. 60; DUGUIT, *op. cit.*, p. 566.

c'est un qualificatif qui revient sans cesse sous la plume des auteurs dès qu'ils parlent de l'Ordre Public ; d'autres la décrivent comme « contingente et fuyante » (41), insusceptible de se prêter à une définition satisfaisante (42). M. Japiot résume bien l'opinion générale lorsqu'il écrit (43) :... « l'ordre public... emprunte, il faut l'avouer, une partie de sa majesté au mystère qui l'environne... pratiquement, sa supériorité, s'est bien manifestée surtout par ce fait qu'il est resté toujours au-dessus des efforts tentés par les jurisconsultes pour le définir ».

Si l'on veut donner une explication exacte de toutes ces divergences, de ce pessimisme qui s'empare des auteurs dès qu'ils abordent le problème de l'Ordre Public en Droit Privé, il est impossible de passer sous silence, à la fin de cette première partie consacrée à l'examen des « Doctrines », un fait d'une importance capitale; « la complexité des systèmes entre lesquels se débat la pensée juridique française à l'heure actuelle (44), complexité qui manifeste sans aucun doute son « trouble » profond (45). Les auteurs ne parvien-

---

(41) HÉMARD, *op. cit.*, n° 265.

(42) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.*, n° 226, p. 303; BEUDANT, *op. cit.*, n° 200.

(43) JAPIOT, *op. cit.*, p. 302-303.

(44) C'est le titre même d'un paragraphe de l'ouvrage de M. BONNECASE : *La Pensée juridique française de* 1804 *à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels,* tome 1er, 1933, nos 28 et suiv., p. 80 et suiv.

(45) BONNECASE, *op. cit.*, n° 29, p. 81 et suiv. — Nous empruntons au même auteur la dénomination de « pessimisme juridique ». (BONNECASE, *op. cit.*, n° 30, p. 85 et suiv.

nent pas à se mettre d'accord sur les principes les plus élémentaires du problème du Droit. La notion d'Ordre Public, à l'instar de beaucoup d'autres, est un champ où se rencontrent les opinions les plus diverses, les plus contradictoires. On a beaucoup écrit sur elle, mais la discussion demeure ouverte. De cette constatation, les auteurs les plus récents en ont conclu qu'il était impossible d'obtenir un résultat positif ; aussi s'en remettent-ils en désespoir de cause au juge du soin de dire « si » et « quand » l'Ordre Public est en jeu.

DEUXIÈME PARTIE

Essai d'une Théorie générale de l'Ordre Public en Droit privé

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

I. — Devant les difficultés que soulève le problème de l'Ordre Public en Droit Privé, une solution semble fort difficile à découvrir; les auteurs soutiennent les opinions les plus diverses et souvent critiquables.

A la base de tous ces errements, se retrouve une même cause, qui les explique et les condamne. La grande majorité des auteurs aborde la question sans s'appuyer sur des « principes » suffisamment nets, sans avoir recours à une « méthode » bien caractérisée. L'importance du problème postule pourtant, semble-t-il, l'existence d'un point de départ solidement établi : pour l'avoir oublié, la doctrine contemporaine n'a pu parvenir à préciser d'une façon satisfaisante la notion d'Ordre Public.

II. — Quelle méthode convient-il de suivre ? Il est nécessaire de proclamer immédiatement que seule la « méthode » de « l'Ecole scientifique », est apte à fournir un fondement à l'abri des critiques; les procédés modernes d'élaboration du Droit doivent trouver ici leur place et jouer un rôle de premier plan. Ce sont des points connus, mais dont il est loin d'être inutile de rappeler, très brièvement, les lignes essentielles.

Le programme, le « manifeste » de l'Ecole scientifique est constitué, sans aucun doute, par les ouvrages célèbres dans le monde entier, du doyen Gény : « Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif » et « Science et Technique en droit privé positif » (1). L'élaboration des règles de droit nécessite, de la part du jurisconsulte, une double opération. En présence d'un but à atteindre, il est normal, au premier abord, de « savoir » quelles règles doivent être édictées, en tenant compte de tous les éléments qui dérivent de la « nature même des choses » ; ce premier point acquis il faudra mettre en pratique ces règles, les « adapter » à ses exigences concrètes ; cette seconde phase sera moins objet de connaissance, que de volonté, d'action (2). Ainsi « l'activité du jurisconsulte (au sens le plus élevé du mot) oscille entre deux pôles distincts, que je proposerai, écrit, M. Gény, de dénommer le « donné » et le « construit ». Tantôt, il s'agit de

---

(1) GÉNY : *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif*, 2e éd., Paris, 1919, 2 volumes ; du même auteur : *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, Paris, 4 volumes :

— tome 1er, 1914, Introduction. — Première Partie : *Position actuelle du problème du Droit Positif et éléments de sa solution.*

— tome 2e, octobre 1915, *Elaboration scientifique du Droit Positif* (*L'irréductible « droit naturel »*).

— tome 3e, mai 1921, *Elaboration technique du Droit Positif.*

— tome 4e, octobre 1924, *Rapports entre l'élaboration scientifique et l'Elaboration technique du Droit Positif* (*Le Conflit du droit naturel et de la loi positive*).

(2) GÉNY, *op. cit.*, tome 1er, n° 32, p. 95.

constater purement et simplement ce que révèle la « nature sociale », interprétée d'après elle-même ou suivant les aspirations d'un idéal supérieur pour aboutir à des règles d'action dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire, et c'est ce que j'appelle le « donné », qui doit formuler la règle de droit telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible à l'état brut. Tantôt le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises tendra à les mettre en œuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destinées. Et le résultat de l'effort ainsi poursuivi, issu de l'artifice, s'exerçant sur la nature par des procédés propres, puisés dans les puissances personnelles de l'homme, peut, ce semble, être qualifié le « construit »... (3).

Cette distinction fondamentale du « donné » et du « construit », éclaire en effet parfaitement l'élaboration de toute règle juridique; on la retrouve, avec des nuances, chez presque tous les juristes actuels (4). A ces deux éléments correspond une double attitude chez le jurisconsulte : le « donné » est objet de « science », le

---

(3) Gény, *op. cit.*, tome 1er, n° 33.

(4) Donnons quelques exemples qui permettront de se rendre compte de l'accueil très large et approbatif dont la distinction du « donné », et du « construit » a été l'objet dans la doctrine contemporaine.

Dans *Les Notions Fondamentales du Droit Privé*, 1911 (M. Gény, rappelons-le, avait dès 1910, posé les premières bases de cette distinction, dans une leçon faite au Collège libre des sciences sociales, et publiée l'année suivante dans :

« construit » au contraire ressortit à la « technique » (5). D'autre part on sait qu'il est possible de discerner quatre aspects principaux dans le donné; certains éléments constituent le donné « réel » ou strictement naturel, ce sont les « conditions de fait » où se trouve placée l'humanité; d'autres forment le donné « historique » et résument l'apport des siècles passés; les aspirations humaines groupées en un faisceau peuvent être qualifiées de « donné idéal »; enfin à côté, ou plus exactement au-dessus d'eux, le donné « rationnel », qui se ramène en définitive à la notion de Droit, cette dernière, à l'heure actuelle, formant le contenu du « Droit Naturel ».

« Les méthodes juridiques », 1911, p. 180-183). — M. René Demogue, envisage les « bases du droit », et sa « technique » (*op. cit.*, p. 50-62).

— Duguit, nous parle des « règles normatives », qui n'ont pour but que de constater, de révéler, une règle de droit (ex. art. 544, 574, 1382, C. Civil) et des « constructions juridiques », qui créées arbitrairement, de toutes pièces n'ont pour raison d'être, que la mise en œuvre de la « norme », de la « règle de droit ». (Duguit : *L'Etat, le Droit et la Loi Positive*, 1901, p. 555 et suiv.).

— M. Bonnecase substitue aux expressions « donné » et « construit », celles de « sources réelles » et de « sources formelles » des règles de droit, en leur donnant d'ailleurs une acception sensiblement différente, *Introduction à l'étude du droit*, 2e éd., Paris, 1931, nos 58 et suiv., nos 179 et suiv.

— V. également, mais dans un esprit différent la distinction, purement formelle, mise en avant par M. Ray, distinction des concepts « régulateurs » et des concepts « représentatifs » (*Essai sur la structure logique du Code Civil français*, thèse lettres, Paris, 1926, p. 104-115).

(5) Gény, *op. cit.*, tome 1er, no 34.

De son côté, la mise en œuvre des règles de droit, nécessite un certain nombre de moyens « techniques », dont un examen approfondi, a été à plusieurs reprises présenté (6).

III. — Au problème de l'Ordre Public en Droit Privé, il convient d'appliquer cette méthode d'élaboration du Droit ; elle seule pourra constituer un guide sûr dans la recherche de la solution à y apporter. On sait que l'Ordre Public joue le rôle d'un frein, d'une « limitation », au champ d'application de la loi, ou aux libres manifestations des volontés individuelles. On l'emploie pour sauvegarder certains principes que l'on craint de voir méconnaître. La question qui vient immédiatement à l'esprit est de savoir quels intérêts méritent une telle protection ? Quels motifs sont assez forts pour conduire le juge à restreindre fréquemment le domaine des lois dans le temps et dans l'espace ou celui des conventions ? La réponse à cette question, on s'en rend compte, va susciter celle du *contenu* de la notion d'Ordre Public, de ses éléments constitutifs. Elle est évidemment le point central de tout le problème, mais non le seul. Car il ne suffit pas, se plaçant à un point de vue « scientifique » de reconnaître les éléments dont se compose la notion d'Ordre Public, encore faut-il se demander — la première question étant élucidée — comment et par qui elle sera mise en œuvre. A ce point de vue strictement « technique », apparaîtra la mise en pratique, la *fonction* de la notion d'Ordre Public.

---

(6) GÉNY, *op. cit.*, tome 3.

Contenu et *Fonction* de l'Ordre Public, voilà deux problèmes qui méritent de retenir l'attention et dont le premier surtout présente une importance capitale. Mais tous deux supposent établi un point essentiel : l'existence même de la « notion » d'Ordre Public, car en définitive, il ne servirait à rien d'étudier le « contenu » et la « fonction » de la « notion » d'Ordre Public, si cette dernière n'existait pas. Aussi dans cette deuxième partie, consacrée à un « essai de théorie générale de l'Ordre Public en Droit Privé », doit-on envisager trois questions : l'existence de la *notion* d'Ordre Public, le *contenu* de la notion d'Ordre Public, et pour terminer la *fonction* de la notion d'Ordre Public.

CHAPITRE PREMIER

La NOTION d'Ordre Public

Le premier point à établir, lorsqu'on aborde le problème de l'Ordre Public en Droit Privé, est celui de l'existence même de cette « notion » : question primordiale qui domine toute la matière, et dont la solution constituera le point de départ d'une théorie générale de l'Ordre Public en Droit Privé. A vrai dire l'existence d'une « notion » d'Ordre Public a rarement été contestée; et l'on sait que dès le Droit Romain on en avait déjà conscience, si on n'en avait pas encore employé l'expression. Domat devait la faire pénétrer dans le domaine du Droit. Le Droit Intermédiaire, pour instaurer un « ordre nouveau » y eut fréquemment recours : les travaux préparatoires du Code Civil en font foi. A l'époque actuelle, c'est surtout du côté de la jurisprudence que l'on doit se tourner pour voir appliquer cette notion journellement : mais il n'en reste pas moins que les textes, et plus spécialement ceux du Code Civil, ainsi d'ailleurs qu'une Doctrine unanime, en proclament l'existence ; et c'est ce dont il va être rendu compte au cours de ce chapitre.

Section première

La « Notion » d'Ordre Public : les « Textes » et la « Doctrine »

I. — Le Code civil ne consacre *expressément* la notion d'Ordre Public, que dans trois de ses textes : les articles 6, 686 et 1133. On peut d'ailleurs considérer que l'article 6 contient le principe essentiel : situé à la fin du titre Préliminaire, au seuil même du Code, il domine toutes les règles qui y sont inscrites. Toutefois il ne vise que les accords de volonté, l'application de l'Ordre Public, pour délimiter le champ d'action des volontés privées ; le rôle de la notion d'Ordre Public dans l'application et l'interprétation des lois y est entièrement laissé de côté. On doit également noter que cet article rapproche les notions d'Ordre Public et de bonnes mœurs, les confond dans un même membre de phrase, leur assigne des fonctions identiques.

Si on laisse de côté l'article 686 qui, au titre des servitudes, interdit celles qui seraient contraires à l'Ordre Public, on constate que les notions d'Ordre Public et de bonnes mœurs sont rapprochées, non seulement dans l'article 6, mais également dans l'article 1133 : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Mais cette liaison étroite entre ces deux notions conduit à dire que l'Ordre Public est sous entendu là où les bonnes mœurs sont expressé-

ment visées, et il en est ainsi dans un certain nombre de textes dont le champ d'application est très vaste. On peut citer à ce sujet les articles 900 et 1172 qui concernent tous deux les conditions insérées dans les actes juridiques : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites », déclare l'article 900 dans une formule que reprend partiellement l'article 1172 lorsqu'il dispose que « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend ». On connaît l'abondante jurisprudence à laquelle ces deux textes ont donné lieu, aboutissant, en dépit d'une rédaction opposée, à un résultat analogue, grâce au développement de la théorie de la cause impulsive et déterminante. En tous cas on ne peut nier qu'ils ne concernent l'Ordre Public, bien que l'expression même ne s'y rencontre pas; la jurisprudence et la doctrine sont unanimes en ce sens. Il en est de même de l'article 1387 qui proclame le principe fondamental de la liberté des conventions matrimoniales, appliquant à la matière des contrats de mariage la règle de l'article 6 du Code Civil : ici encore l'Ordre Public n'est pas mentionné expressément, et pourtant nul doute que cette notion ne joue un rôle de premier plan.

Il serait possible de citer d'autres textes qui consacrent implicitement la *notion* d'Ordre Public. En tous cas, il ressort sans aucune ambiguité de ce bref examen du Code Civil, qu'il *existe* une *notion* d'Ordre Public à laquelle le législateur se réfère fréquemment et surtout dans des textes d'une portée extrêmement

vaste dominant tout le Droit des obligations et des contrats. Mais ce n'est pas tout ; on ne doit pas oublier de citer des textes du Code de Procédure Civile, qui intéressent au premier chef la question : il en est ainsi notamment de l'article 83 qui, s'agissant de la communication au ministère public, décide que seront communiquées au procureur de la République les causes qui « concernent l'Ordre Public », principe auquel d'ailleurs, l'article 1004 du même Code entend se rapporter lorsqu'il décide qu'on ne peut compromettre sur les affaitres communicables au Parquet. On sait d'autre part toutes les difficultés auxquelles a donné lieu l'interprétation de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, texte qui fixe les droits du ministère public d'agir par voie d'action en matière civile : là encore la notion d'Ordre Public est expressément consacrée (1). Si bien, qu'en définitive, on peut dire que la « notion » d'Ordre Public est sans conteste possible reconnue par nos codes de Droit Privé. Aux yeux de la loi Française, il existe bien une *notion de l'Ordre Public*.

II. C'est presque toujours à propos de ces textes que la Doctrine s'est prononcée. On sait qu'elle s'est contentée, le plus souvent, de commenter l'article 6 du

---

(1) V. au sujet de cette difficile question : Solus : *La jurisprudence contemporaine et le Droit du ministère public d'agir en justice au service de l'Ordre Public,* dans « Etudes de Droit civil à la mémoire de Henri Capitant » ; Glasson, Tissier et Morel : *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile,* 3e éd., Paris, tome 1er 1925, n° 188 ; Morel : *Traité élémentaire de Procédure civile,* Paris, 1932, nos 159 et suiv. ; Goyet, *Le ministère Public,* 2e éd., Paris, 1939, p. 28 et suiv.

Code Civil, et qu'elle n'a pas essayé, en général, de séparer le problème de l'Ordre Public de l'interprétation de la loi formelle, exagérant ici comme ailleurs « l'importance de l'élément légal ». On a pu se rendre compte, dans notre première partie, que la majorité des auteurs proclamait l'existence de la « notion » d'Ordre Public. Le plus fréquemment ils ont cherché à indiquer des applications de ce concept, ce qui les a amenés à « énumérer » des « lois » d'Ordre Public, mais au même titre que ceux qui ont tenté d'en donner une « définition » ils en ont reconnu implicitement l'existence, son caractère inéluctable. On pourrait être conduit à dire que Huc a nié cette notion. Mais, en fait, il n'en est rien; il s'est borné à critiquer l'opportunité et la rédaction de l'article 6 du Code Civil. On vient au contraire de signaler l'importance qu'il revêt en droit français, la place de premier ordre qu'il y tient. En fait tous les auteurs, au cours du XIX[e] siècle, comme au début du XX[e], ont reconnu l'existence d'une notion d'Ordre Public (3).

Section deuxième

La « Notion » d'Ordre Public et la jurisprudence

Les applications de la notion d'Ordre Public sont extrêmement fréquentes en jurisprudence. Le législa-

(2) Certains s'en remettent à l'intuition, Mourlon n'écrivait-il pas : « Mais qu'est-ce que l'Ordre Public ? » «... Ces choses se sentent plus qu'on ne les définit (Répétitions écrites sur le Code Civil), 11[e] éd., tome 1[er], p. 70.

teur n'en donnant aucune définition, « c'est grâce aux décisions judiciaires que le jurisconsulte peut vraiment analyser l'influence réciproque des forces morales et des considérations pratiques formant le Droit par leur conjonction. De la sorte l'examen de la jurisprudence paraît jouer, vis-à-vis de la science du Droit le rôle qui revient à l'observation des faits dans les sciences expérimentales... » (1). Si on veut avoir une vue d'ensemble, si brève soit-elle, de la jurisprudence en cette matière, en peut procéder au groupement de ses décisions : il est commode de classer les espèces semblables dans une même catégorie, leur rapprochement permettant de dégager l'idée essentielle qui préside à leur solution. Il ressort d'un examen, tant soit peu attentif, des décisions des tribunaux, que le juge fait appel à la notion d'Ordre Public dans une double série d'hypothèses : tantôt elle intervient dans le domaine de l'application des lois, tantôt dans celui des manifestations de volonté. Dans le premier cas le juge désire

---

(1) PERREAU (E.-H.) : *Technique de la Jurisprudence en Droit Privé*, 1923, tome 1, Avant-propos par M. Gény, p. XVII. — On peut rappeler ici les fortes paroles de Portalis : « L'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ». FENET : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, tome 1er, p. 470. Idée qu'il exprimait sous une autre forme lorsqu'il disait : « C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les Codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas », FENET, *op. cit.*, p. 476.

limiter la portée d'une loi dans le « temps » ou dans « l'espace »; dans le second cas, il pose une limite à la liberté de la volonté des particuliers.

Sous-section première

L'Ordre Public et l'application des lois dans le temps et dans l'espace. (Intervention de la notion d'Ordre Public dans l'interprétation des lois.)

La notion d'Ordre Public est liée, en premier lieu, intimement au problème de l'application des lois. La loi est définie comme étant « une disposition d'ordre général et permanent ; elle vise un nombre indéfini de personnes et d'actes ou de faits, elle s'applique à eux ipso jure pendant un temps déterminé » (1). Seulement de par sa nature même, il est évident qu'elle n'a pas un champ d'application illimité; telle loi déterminée ne peut viser tous les habitants du globe, ni les régir indéfiniment ; elle connaît nécessairement une double limitation à son autorité (2). D'ailleurs ici il

---

(1) Bonnecase : *Introduction à l'étude du Droit*, 2e éd., 1931, n° 69, p. 126. Cette définition envisage la loi au point de vue du « fond », de ses caractères, et non pas quant à sa « forme ». Ce second point de vue, purement externe ne présente pas ici d'intérêt; peu importe l'autorité dont elle émane.

(2) En se plaçant à un point de vue purement « formel », on a pu relever également la portée limitée de la loi; V. à ce sujet les développements bien connus de M. Gény : *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., Paris, 1919, otme 1er, p.

est nécessaire de se placer en présence du droit positif, et l'on sait dans quelles limites son étude doit être enserrée pour se montrer féconde (3). Le domaine de la loi est donc limité, dans le « temps » et dans « l'espace »; or, dans la mise en œuvre de cette double limitation, la notion d'Ordre Public joue un rôle prépondérant. Aussi, conviendra-t-il de consacrer un paragraphe à chacun de ces deux problèmes. Avant d'en aborder l'étude, il convient de laisser de côté toute controverse doctrinale (4) susceptible d'éloigner du chemin que l'on doit suivre dans cette section ; étudier les manifestations de la notion d'Ordre Public en jurisprudence, en droit privé positif.

§ 1er. *L'intervention de la « notion » d'Ordre Public dans l' « application des lois dans le temps ».*

La détermination de la durée d'application d'une loi dans le temps, ne semble pas devoir entraîner de difficultés. Le point de départ en serait sa « publication », qui a pour but de la porter à la connaissance des intéressés (5); l'extrême limite, le point d'arrivée

---

(3) Gény : *Science et technique en droit privé positif*, tome 1er, n° 17, p. 54 : « Et, plus la précision de son domaine serrera de près le temps et le lieu, mieux la positivité du droit se trouvera nettement marquée ».

(4) Il y a d'ailleurs là des matières qui ont donné lieu à des études si connues, qu'il n'est nullement nécessaire de les mentionner. Ici nous n'envisageons que le droit positif, le droit « effectivement » en vigueur.

(5) La promulgation rend la loi « exécutoire », la publication, « obligatoire » pour les intéressés ; Josserand : *Cours*

étant représenté par le jour de son abrogation expresse ou tacite (6). Il ya donc trois périodes à envisager : celle qui précède la mise en vigueur, celle qui est comprise entre la publication de la loi et son abrogation, enfin celle qui débute après son abrogation. Le champ d'application normal, d'une loi dans le temps, est marqué d'une part, par la date de sa publication et par celle de son abrogation; l'intervalle compris entre ces deux dates constitue le domaine de la loi. Les situations juridiques, réglées en un trait de temps, permettent une vérification rigoureuse de ce principe : « Mais, comme l'écrit fort justement M. Josserand, la situation est rarement aussi simple; la plupart des faits, des actes juridiques, ne comportent pas un dénouement immédiat; leurs effets se prolongent pendant un certain temps; ils sont successifs dans leur vie et dans leurs conséquences; ils laissent derrière eux un sillage et il arrive alors ceci que l'acte juridique s'accomplit sous l'égide d'une loi et que les conséquences se déroulent sous le règne d'une autre. Et c'est alors qu'on se demande quelle est, des deux lois, celle qui va régir lesdites conséquences, de celle qui était en vigueur au temps initial ou de celle qui lui a succédé » (7).

Ainsi le problème se résume en deux propositions : Dans quelles conditions une loi nouvelle s'applique-

---

de Droit Civil Positif Français, 3ᵉ éd., tome 1, nº 68, p. 52; CAPITANT : *Introduction à l'étude du Droit Civil*, 5ᵉ éd., nº 35, p. 67.

(6) JOSSERAND, *op. cit.*, nº 76, p. 56-57.

(7) JOSSERAND, *op. cit.*, nº 77, p. 58.

t-elle à des faits antérieurs à sa promulgation ? Dans quelle mesure la loi ancienne continue-t-elle à s'appliquer à dater de son abrogation ? Il y a là deux problèmes distincts, chacun d'eux étant dominé par un principe fondamental; le premier, par celui de la non-rétroactivité des lois, le second par celui de l'effet immédiat de la loi nouvelle (8). — Le premier, seul, est prévu par le Code Civil, dans son article 2.

Quoiqu'il en soit, un examen rapide de l'intervention de la notion d'Ordre Public, dans chacune de ces deux questions, montrera qu'on y a souvent recours, pour la solution des conflits de lois dans le temps.

I. — *La notion d'Ordre Public et l'application d'une loi nouvelle à des faits antérieurs à sa publication.*

L'hypothèse de l'application de la loi nouvelle à des faits antérieurs à sa publication, est la seule qui ait été visée par l'article 2 du Code Civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif » (9). Il n'est pas nécessaire de reprendre la question de la non-rétroactivité des lois; il suffit de retenir les réponses qui y ont été faites par une doctrine unanime.

---

(8) L'ouvrage fondamental, est celui de M. ROUBIER : *Les conflits de loi dans le temps,* Sirey, tome 1er (1929), tome 2e (1933).

(9) Au sujet de l'art. 2 du C. Civil, V. : *Code Civil annoté,* par FUZIER-HERMAN, mis à jour par DEMOGUE, Sirey, 1935, tome 1er; *Répertoire pratique de législation, de doctrine, et de jurisprudence,* tome VII, Vos « Lois et Décrets », nos 161-707; Supplément au Rép. prat., tome II, p. 389-390.

Le principe de la non,rétroactivité des lois, tel qu'il est consacré par l'art. 2 ne s'adresse qu'au juge; c'est un texte qui tend à lui fixer des règles d'interprétation; en présence d'un conflit de lois dans le temps, le juge, appuyé sur ce texte, ne devra pas appliquer la loi nouvelle à des faits antérieurs à sa promulgation : « L'idée fondamentale qui domine toute la matière est que la règle inscrite dans l'art. 2 n'est pas autre chose qu'un précepte adressé par le législateur de 1804 aux juges chargés d'interpréter les lois et auquel ils doivent se conformer pour en déterminer l'autorité quant au temps qu'elles régissent (10). Telle est la portée de l'art. 2; c'est au juge seul qu'il s'adresse. Le législateur peut ne pas en tenir compte, de même qu'il pourrait l'abroger du jour au lendemain. L'art. 2 n'a pas la valeur d'un principe constitutionnel; c'est une loi ordinaire (11).

Seulement toute la question est alors de savoir si les considérations qui sont à la base de l'art. 2, ne moti-

---

(10) BEUDANT : *Cours de Droit Civil Français*, 2e éd., 1934, publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, tome 1er, *Introduction et explication du titre préliminaire du Code Civil*, avec la collaboration de Mme BÉQUIGNON-LAGARDE, p. 201; voir dans le même sens, ROUBIER, *op. cit.*, p. 431 ; JOSSERAND, *op. cit.*, n° 79;; CAPITANT : *Introduction à l'étude du Droit Civil*, 5e éd., n° 37, p. 68; COLIN et CAPITANT : *Cours élémentaire de droit civil français*, 9e éd., avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 1939-1940, tome 1er, n° 43; PLANIOL et RIPERT : *Traité élémentaire de Droit Civil*, 12e éd., 1939, tome 1er, n° 254, p. 105.

(11) Sur les diverses catégories de lois V. BONNECASE : *Introduction à l'étude du Droit*, 2e éd., 1931, nos 70 et s., p. 126 et suiv.

vent pas souvent les dérogations que l'on serait tenté d'y apporter. Quelle est en effet la raison d'être de cet article et du principe essentiel qu'il consacre ? Elle est simple; on peut même dire qu'elle est imposée par le bon sens le plus élémentaire. « La justification de ce principe, écrivent Colin et Capitant, doit être cherchée dans la raison, dans l'équité, dans l'intérêt économique le plus manifeste » (12). Idée qu'exprime en des termes presque identiques Planiol : « Il n'y aurait aucune sécurité pour les particuliers, si leurs droits, leur fortune, leur condition personnelle, les effets de leurs actes et de leurs contrats, pouvaient, à chaque instant, être remis en question, modifiés, supprimés par un changement de volonté du législateur. L'intérêt général, qui n'est que la résultante des intérêts individuels, exige donc que ce qui a été fait régulièrement sous l'empire d'une loi soit considéré comme valable, et par suite soit stable, même après le changement de législation » (13).

---

(12) Colin, Capitant et Julliot de La Morandière, *op. cit.*, n° 42; V. également Capitant : *Introduction à l'étude du droit civil*, 5e éd., Paris, 1929, n° 38, p. 70.

(13) Planiol et Ripert, *op. cit.*, n° 240, p. 100. C'est également à l'idée de « sécurité », qu'a recours M. Roubier pour justifier le principe de la non-rétroactivité; Roubier, *op. cit.*, tome 1er, n° 53, p. 428; dans le même sens M. Josserand fait appel à la « confiance légitime » ; pour lui la raison d'être de la règle de non-rétroactivité « se déduit de l'autorité même de la loi : pour que la loi garde la confiance de ses ressortissants — cette confiance qui fait le meilleur de sa force — il est indispensable que les actes passés sous son égide subsistent tels quels, et quoi qu'il advienne par la suite. S'il en était autrement, les transactions seraient menacées de destruction et la vie juridique serait dépourvue de sécurité, si bien qu'en fin de compte, l'autorité de la loi

— En définitive, le principe édicté par l'art. 2 est fondé sur la considération de la *sécurité juridique*, de « l'intérêt général ». Mais ce dernier point de vue n'entraîne-t-il pas justement des exceptions ? Il est des lois qui pour des raisons d'intérêt général seront rétroactives.

Mais alors, qui aura le pouvoir de prononcer l'exclusion de l'art. 2 ? Le législateur seul. Seul il pourra, en tenant compte d'un intérêt d'ordre supérieur, le mettre de côté. La Doctrine actuelle est en ce sens : « Il peut se faire aussi pour des considérations d'ordre supérieur et général ou jugées telles, que l'intérêt public majeur conseille de donner effet rétroactif à une loi, au risque de blesser quelques intérêts individuels; certaines améliorations législatives resteraient sans cela indéfiniment inefficaces » (14). Il est évident que le législateur sera parfois obligé d'avoir recours à la rétroactivité pour assurer une pleine efficacité à la mesure qu'il prend; dans ce cas il s'agira de dispositions intéressant au plus haut point l'Ordre Public (15). Il en est ainsi d'un

---

elle-même serait minée : on ne croirait plus en elle, le régime de l'arbitraire se substituerait à celui de l'ordre légal » (JOSSERAND, *op. cit.*, n° 80) ; et un mot le « législateur ne doit pas tromper la confiance que les particuliers avaient placé en lui ». (JOSSERAND, *op. cit.*, n° 83, p. 63). Quant à M. Bonnecase c'est à « l'évidence et au bon sens » qu'il confie le soin de fonder l'art. 2 du Code Civil : BONNECASE : *Supplément au traité théorique et pratique de Droit Civil de Baudry-Lacantinerie*, tome 2, Sirey, 1925, n° 112 ; du même : *Introduction à l'étude du Droit*, 2e éd., 1931, n° 82, p. 143.

(14) BEUDANT, *op. cit.*, p. 203 *in fine*.

(15) COLIN, CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *op. cit.*, n° 43.

certain nombre de lois récentes; on peut citer à titre d'exemple, la loi du 23 juillet 1940, qui prévoit la révision des naturalisations intervenues depuis la loi du 10 août 1927 et la possibilité du retrait de la nationalité française remontant à une date fixée par décret; de même la loi du 27 juillet 1940 exonérant les administrations des chemins de fer de leur responsabilité pour les transports effectués depuis le 10 mai 1940 (16). Cette idée a été développée à deux reprises dans les conclusions du procureur général à la Cour de Cassation, à propos des congrégations non autorisées. Le procureur général Baudoin déclarait : « La loi du 1er juillet 1901 a établi en principe général la liberté des associations; elle l'assure par ses deux premiers titres. Mais elle en excepte les congrégations religieuses et elle ne s'est décidée à cette dérogation, qui n'est que le maintien d'un état de choses constant sous tous les régimes et qui continue à constituer notre droit commun sur ce point, que par les considérations les plus graves d'ordre public... Ne va-t-il pas de soi qu'une telle loi, ayant un tel caractère, inspirée par de semblables motifs, est et doit être essentiellement rétroactive ? » (17). Quinze ans plus tard, le procureur général Sarrut ne s'exprimait pas autrement dans ses conclusions relatives à une recherche de paternité naturelle (18). Dans un cas

---

(16) Colin, Capitant et Julliot de La Morandière, *op. cit.*, *addendum*, n° 43.

(17) Civ. Cass. 8 février 1904, Demoiselle de Beaurepaire, D. P. 1904.1.117, conclusions du P. G. Baudoin, p. 118.

(18) Civ. 20 février 1917 (3 arrêts), et 24 juillet 1917 (2 arrêts), S. 1917.1.73, conclusions du P. G. Sarrut, et note Lyon-Caen.

comme dans l'autre, on considère que la loi, lorsqu'elle est d'Ordre Public, doit rétroagir.

Et c'est à une conclusion identique qu'aboutissent un certain nombre d'arrêts récents : pour eux, il ne fait pas de doute que le législateur ne puisse déroger à l'art. 2, qui n'a pourtant plus aucune valeur constitutionnelle, que lorsque l'Ordre Public est en jeu (19). On ne manquera pas d'objecter qu'il y a là une constatation purement gratuite; le législateur peut écarter l'art. 2 du Code Civil quand bon lui semble, il n'est pas utile que l'Ordre Public y soit intéressé : une telle remarque est exacte, néanmoins il y a là une tendance de la jurisprudence qu'il importait de signaler; pour elle, seul l'Ordre Public est assez fort pour motiver un échec au principe de la non-rétroactivité des lois. D'ailleurs, il ne faudrait pas croire que les tribunaux admettent aisément pareil résultat : bien au contraire; le plus souvent ils exigent de la loi qu'elle mentionne expressément son rejet de l'art. 2 : la seule considération de l'Ordre Public ne suffit pas pour que le législateur puisse y déroger implicitement : il doit manifester formellement son intention de le faire (20). A première

---

(19) Civ. 30 novembre 1920. S. 1921-1.167 ; Civ. 27 novembre 1933. S. 19934.1.48 ; Req. 31 juillet 1934. S. 1934-1.331.

(20) Voir en ce sens de nombreux arrêts :
Req. 18 avril 1887. D. P. 1887.1.153, avec le rapport du Conseiller Lepelletier; Civ. 28 avril 1922 (2 arrêts), S. 1922. 1.377; Besançon, 26 janvier 1924, S. 1925.2.22; Trib. civ. Seine-Inférieure, 24 décembre 1929. D.H. 1930, p. 207 ; Civ. 27 novembre 1933. D. H. 1934, p. 35; Civ. 9 juillet 1934, D. H. 1934, p. 524; Ch. Sociale, 24 déc. 1938. D. H. 1939, p. 245; Trib. civ. Lisieux, 15 octobre 1940. D. H. 1940,

vue on ne comprend pas pourquoi les tribunaux, après avoir proclamé que le législateur pouvait ne pas tenir compte du principe de non-rétroactivité dans un intérêt d'Ordre Public, se refusent à rechercher, en général, cette volonté en dehors des termes mêmes de la loi, en dépit des encouragements d'une grande fraction de la doctrine (21). Mais réapparaît l'idée qui est signalée en tête de ce paragraphe, à savoir la portée de l'article 2 du Code Civil. Cet article s'adresse uniquement au juge, dont il a pour mission de guider l'interprétation. Dans le silence d'un texte, le magistrat devra donc appuyer sa décision sur lui; il ne peut pas l'éluder. La notion d'Ordre Public n'est pas assez forte ici; elle ne peut pas aller à l'encontre de la règle de non-rétroactivité, règle légalement constatée à l'intention précisément du juge. C'est pourquoi nous croyons que la décision, qui serait fondée sur les intérêts de l'Ordre Public, pour faire rétroagir un texte nouveau, qui garderait le silence sur ce point, encourrait la censure de la Cour de Cassation. Le principe de la non-rétroactivité des lois, doit passer avant les intérêts de l'Ordre Public, ce qui s'explique imparfaitement si l'on veut

---

p. 187 : on lit notamment dans cette dernière décision :..... « que même si on considère ce décret-loi (le décret-loi du 17 juin 1938) comme d'Ordre Public..., un droit acquis doit être respecté par la loi nouvelle si le législateur n'en a autrement décidé ».

(21) Josserand, *op. cit.*, n° 82, p. 62-63; E. H. Perreau, Rev. critique, 1931, p. 226; Julliot de La Morandière, dans *Etudes de Droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, p. 400; Glasson, note sous Aix, 18 février 1886. D. P. 1887.2.97; notamment p. 97, col. 2, pour cet auteur le principe est la rétroactivité, l'art. 2 ne serait qu'une exception.

bien se rappeler le fondement que l'on s'accorde généralement à lui assigner — les besoins de la « sécurité juridique », n'étant pas supérieurs à ceux de l'Ordre Public — mais par contre parfaitement, si l'on se place à un point de vue strictement technique, et que l'on se rend compte que le magistrat est lié par un texte formel qui s'adresse spécialement à lui (22).

II. — *La notion d'Ordre Public et l'application d'une loi ancienne à dater de son abrogation : application dans « l'avenir ».*

Jusqu'à présent la notion d'Ordre Public n'est intervenue dans le problème de l'application des lois dans le temps, que d'une façon purement épisodique et en quelque sorte surérogatoire. Il ne va plus en être de même, s'agissant maintenant d'apprécier les conditions dans lesquelles une loi abrogée continue à s'appliquer. Il va être possible de serrer de plus près le droit privé positif, par l'intermédiaire des décisions judiciaires fort nombreuses.

Le principe est simple : toute loi nouvelle a un « effet immédiat » (23) ; elle saisit en quelque sorte sur le champ, toutes les situations juridiques ; en conséquence la loi ancienne ne produit plus aucun effet. C'est là

---

(22) En ce sens ROUBIER : *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1932, p. 163 et suiv.

(23) V. sur la distinction de « l'effet rétroactif » et de « l'effet immédiat », ROUBIER : *Les conflits de lois dans le temps*, tome 1er, 1929, p. 371 et suiv.

une règle incontestable, et que la Cour de Cassation, reprenant, comme elle le fait souvent, une formule d'Aubry et Rau (24), consacre sans aucune défaillance, depuis de nombreuses années (25). On en trouve l'expression la plus nette dans l'arrêt de principe des Chambres réunies de la Cour de Cassation, en date du 13 janvier 1932 (26) : « Toute loi nouvelle régit en principe, y lit-on, les situations établies et les rapports juridiques formés avant sa promulgation, à moins que l'application de la loi nouvelle ne porte atteinte à des droits acquis sous l'empire de la législation antérieure ». La Cour de Cassation s'en tient donc fermement à la doctrine dite des « droits acquis » — d'accord, sur ce point, avec certains auteurs modernes (27) —; une loi nouvelle s'applique en principe immédiatement, sauf dans la mesure où en ce faisant elle léserait des droits acquis; dans ce dernier cas, la loi ancienne

---

(24) AUBRY et RAU : *Cours de Droit Civil Français*, 6 éd., tome 1er, § 30, p. 98-99.

(25) Civ. 20 février 1917 (3 arrêts), 24 juillet 1917 (2 arrêts), S. 1917.1.73; conclusions du P. G. Sarrut sous le premier arrêt, note Lyon-Caen; D. P. 1917.1.81; Req. 30 avril 1918, D. P. 1919.1.21; Civ. 11 juillet 1923, D. P. 1923.1.167; Civ. 11 juillet 1923, S. 1924.1.347; Civ. 23 mars 1932. S. 1932.1.171; Civ. 22 juillet 1936. S. 1936.1.340; Civ. 23 novembre 1938. D. H. 1939, p. 50.

(26) Ch. Réunies, 13 janvier 1932, D. P. 1932.1.18, avec le remarquable rapport de M. Eustache PILON; le savant rapporteur, admet, notons-le, au passage, que le législateur pour faire rétroagir un texte, doit le dire expressément (p. 22, col. 2e).

(27) JOSSERAND, *op. cit.*, n° 83, p. 63.

subsisterait. Il y a là un instrument souple aux mains de la jurisprudence, infiniment plus simple que les distinctions subtiles que l'on a voulu parfois présenter (28). Il est vrai que la délimitation de ce qu'il faut entendre par « droits acquis », prête souvent à controverse (29). En tout cas, il est une règle certaine, appuyée sur une tradition constante. Les effets des contrats continuent à être régis par la loi du jour du contrat; il y a droit acquis au profit des contractants. Ici se manifeste, au premier chef, ce besoin de « sécurité » précédemment signalé à la base de la règle de la non-rétroactivité : appliquer à un contrat, dont les effets sont en cours, la loi nouvelle constituerait une violation flagrante de la « confiance » que les particuliers ont mis en la loi.

« Il est certain, écrit M. Capitant, qu'il y a des rapports de droit pour lesquels la substitution d'une règle nouvelle à l'ancienne serait injuste et nuirait gravement aux intérêts privés. Ce sont les rapports de droit qui naissent des conventions librement conclues par les individus. Dans cette matière, en effet, la volonté des

---

(28) ROUBIER, *op. cit.*, tome 1er, n° 36. Cet auteur dresse un brillant réquisitoire contre la théorie des droits acquis; V. en ce sens également, COLIN, CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIÈR, *op. cit.*, nos 49 et 50.

(29) Quand y a-t-il droit acquis?... « Il est généralement admis, déclare M. le Conseiller Pilon, qu'il y a droit acquis au profit d'une personne, lorsque le droit dont elle se prévaut est fondé sur un titre, légal, ou contractuel, ou judiciaire » ; (PILON, rapport sous Ch. Réun. 13 janvier 1932. D. P. 1932.1. page 23, col. 1re); V. une définition un peu différente du droit acquis dans le jugement du Trib. Civ. Lisieux, 15 octobre 1940. D. H. 1940, p. 188.

parties règne en souveraine maîtresse; c'est elle qui fait la loi, soit expressément, soit tacitement, en se référant à la réglementation légale. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, proclame le Code Civil. Si le juge appliquait aux rapports de droit qu'elles engendrent et qui n'ont pas encore épuisé leurs effets au jour de la promulgation d'un nouveau texte, les règles édictées par celui-ci, il violerait la loi du contrat; il tromperait la confiance des intéressés; il troublerait profondément l'Ordre social. Quand donc il est appelé à déterminer les conséquences juridiques produites par un contrat, le juge doit toujours se référer soit aux énonciations expresses des parties, soit à la loi en vigueur au jour de leur accord. Ainsi dans cette matière, le principe de la souveraineté de la volonté des contractants fait échec à l'application de la règle nouvelle et exige le maintien de la loi abrogée. Celle-ci prolonge donc ses effets dans l'avenir au détriment de la loi nouvelle » (30). Cette règle souffre elle-même une limite : lorsqu'une loi nouvelle intéresse l'Ordre Public, elle s'applique aux contrats en cours, les parties n'ont pas de « droits acquis à l'encontre de l'ordre public » (31), parlant de la règle de la survie de la loi ancienne en matière conventionnelle, M. Capitant note : « Il importe... de ne pas en exagérer l'étendue. Fondée sur le respect dû à la volonté des contractants, il faut la restreindre aux

---

(30) CAPITANT : *Introduction à l'étude du Droit Civil, Notions générales*, 5e éd., Pedone, Paris, 1929, n° 46, p. 78.

(31) JOSSERAND, *op. cit.*, n° 82, p. 62; V. également PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 261 bis, p. 107.

limites imposées à celle-ci. Or la liberté des parties n'est pas absolue... Les lois d'Ordre Public doivent être appliquées sur-le-champ, sans réserve, quand même elles modifient les conventions antérieurement faites et n'ayant pas encore épuisé leurs effets. L'Ordre Public ne peut pas souffrir de dérogation; devant lui les intérêts privés doivent s'incliner » (32).

Une loi nouvelle doit s'appliquer aux contrats en cours, lorsqu'elle consacre une règle d'Ordre Public. Telle est la constatation très simple que l'on peut faire en parcourant les recueils de jurisprudence. Fréquemment on y voit les juges avoir recours à la notion d'Ordre Public pour faire échec au principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle. Quelques exemples montreront le bien-fondé de cette affirmation. On étudiera principalement les actes juridiques à caractère pécuniaire (33) et (34).

La jurisprudence a eu à se prononcer sur une difficulté de ce genre, à propos de la loi du 19 juillet 1928,

---

(32) CAPITANT, *op. cit.*, nos 47 et 48, p. 79 et 80.

(33) DUGUIT : *Traité de Droit Constitutionnel*, 3e éd., tome 1er, p. 380 et suiv.; HAURIOU : *Principe de Droit Public*, 2e éd., p. 196 et suiv.; JÈZE : *Cours de Droit Public*, 1932, p. 25 et suiv., 1923, p. 154 et suiv. Voir à ce sujet les intéressants développements de M. BONNECASE : *Supplément au Traité théorique et Pratique de Droit Civil*, de Baudry-Lacantinerie, tome 2, 1925, nos 326 et suiv., notamment nos 335 et suiv.; et surtout ceux de M. GÉNY, Revue trimestrielle de droit civil, 1922, p. 825 et suiv.

(34) V. surtout ceci ROUBIER : *De l'effet des lois nouvelles sur les contrats en cours*, Rev. Crit. 1932, p. 120 à 224. Nous rappelons que nous laissons de côté toute controverse doctrinale pour nous en tenir au droit positif.

qui était venue modifier l'article 23 du Livre premier du Code du travail (35). Elle décidait que, dans les contrats de louage de services à durée indéterminée, l'une des parties ne pouvait rompre son engagement, sans respecter les délais (délai-congé), consacres par les usages. Lorsque l'on veut renvoyer, par exemple, une domestique, il faut lui donner ses « huit jours », suivant l'expression bien connue; c'est ce qu'on appelle un délai-congé, délai pendant la durée duquel le patron doit payer et conserver la domestique. Ces délais-congés ne sont fixés par aucune loi, c'est l'usage, qui suivant les professions et les lieux, en détermine l'étendue. Peut-on y déroger ? Pendant longtemps on l'admettait; c'est cette solution que la loi du 19 juillet 1928 tend à écarter. Désormais il n'y a plus là un simple « usage conventionnel », mais une véritable « coutume » sanctionnée comme telle par le juge (36). La loi nouvelle allait-elle s'appliquer aux contrats conclus antérieurement à sa publication ? Normalement non. Une loi nouvelle demeure sans effet sur les contrats en cours; mais les tribunaux faisant appel à la notion d'Ordre Public ont apporté une exception

---

(35) V. le commentaire de la loi du 19 juillet 1928, au D. P. 1929.4.154.

(36) A défaut d' « usages », ce sera la convention collective aux termes de l'article 23 du Livre 1er du Code du travail, qui fixera le délai-congé. S. ces questions V. LECOMTE : *La résiliation du contrat de travail à durée indéterminée,* Rev. Critique, 1929; JOSSERAND : *Cours de droit civil positif français,* tome 2e, 1939, 3e éd., n° 1280. Et sur la portée de la distinction des « usages conventionnels » et de la « coutume », V. GÉNY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* 2e éd., 1919, tome 1er, nos

importante et d'une portée d'application considérable, au principe ainsi posé. La loi du 19 juillet 1928 régit donc les contrats de louage de services à durée indéterminée, formés antérieurement (37) : « Attendu... que toute clause d'un contrat individuel ou d'un règlement d'atelier fixant un délai-congé inférieur à celui qui est établi par les usages est nulle de plein droit. Attendu que si les effets d'un contrat de louage de services à durée indéterminée sont régis, en principe, par la loi en vigueur au moment où il est passé, cette loi ne confère point aux parties un droit définitivement acquis à l'application d'une clause que le législateur, pour des raisons d'intérêt social et de protection du travail, a déclarée illicite; qu'il suit de là qu'en refusant de déclarer caduque la clause d'un contrat individuel de louage de services à durée indéterminée, conclu en 1927, entre la Soc. Delahaye et Jobilot, ayant pour effet d'abroger la durée du préavis résultant de l'usage local, le jugement attaqué a violé le texte ci-dessus visé; casse... » (38). Cette solution a été également

---

(37) Civ. 22 avril et 31 mai 1929. D. H. 1929, p. 281, S. 1932.1.129, note E. H. Perreau; Civ. 31 juillet 1930. S. 1931.1.281. Note M. Gény. Par contre la loi de 1928 ne pourrait pas s'appliquer à un contrat définitivement rompu avant sa publication : Civ. 17 juillet 1930. Gaz. Pal. 1930.2.502; en décider autrement, serait donner à cette loi une portée que le législateur n'a pas entendu lui donner; ce serait la faire rétroagir, et dans le silence du texte, il est impossible au juge, qui, nous le savons, est lié par l'art. 2 du Code Civil, de le faire (*contra* E. H. Perreau, note précitée).

(38) Civ. 22 avril 1929 précité. On peut d'ailleurs remarquer que la législation ouvrière revêt dans son ensemble, et à raison de son importance sociale, un caractère d'Ordre

consacrée par la jurisprudence, à propos de la loi du 16 décembre 1927, loi réglant les rapports des compagnies d'assurances avec leurs agents : « Attendu, déclare un arrêt de la Chambre des Requêtes en date du 13 novembre 1935, que si les effets du contrat de louage de services à durée indéterminée, sont régis, en principe, par la loi en vigueur, au moment où il est conclu, cette loi ne confère pas aux parties un droit définitivement acquis à l'exécution d'une clause que le législateur a ultérieurement prohibée dans un intérêt d'Ordre Public » (39).

La loi du 20 juin 1936, prévoyant l'octroi, à l'ouvrier, d'un congé payé, a donné lieu à des difficultés analogues. Devait-elle s'appliquer aux contrats de travail, en cours lors de sa mise en vigueur ? Le Chambre civile de la Cour de Cassation, faisant encore appel à la « notion d'Ordre Public » l'a admis. « Attendu que, s'il est vrai que les effets d'un contrat de louage de services à durée indéterminée sont régis en principe par la loi en vigueur au moment où il a été passé, le fait pour les ouvriers, employés, apprentis, de n'avoir pas

---

Public, V. JOSSERAND, *op. cit.*, nos 1259 et 1260 : « On voit... qu'elle est l'importance pratique de ce contrat dont le rôle social est immense, puisqu'il tend à réaliser l'aménagement du travail humain, à fixer les conditions auxquelles notre activité sera mise au service d'autrui, à assurer la coopération équitable, harmonieuse, du travail et du capital, en sorte qu'il n'est pas excessif d'augurer de la configuration d'une communauté sociale d'après la physionomie qu'y revêt un tel contrat et d'après la sollicitude qu'apporte le législateur à la fixer » (*op. cit., loc. cit.*, p. 747).

(39) Req. 13 novembre 1935. D. H. 36, p. 35. S. 1936.1.61.

droit à un congé payé sous l'empire de cette loi, ne saurait conférer à leurs employeurs un droit acquis, qui puisse leur permettre de se soustraire à l'application d'une loi nouvelle qui, dans un intérêt social, a rendu, sous certaines conditions, le congé payé obligatoire » (40).

En dehors du contrat de travail, la jurisprudence a adopté une attitude analogue en ce qui concerne l'incidence des lois instituant le cours forcé des billets de banque, sur les contrats en cours. On sait qu'à plusieurs reprises le législateur a dû intervenir pour modifier la définition du franc ; chacune de ses interventions en consacrant un affaiblissement. L'idée essentielle, qui domine la matière, est le désir que le législateur éprouve, lorsque la situation économique d'un pays est à l'état de crise, de ne pas voir les réserves d'or que possède sa banque d'émission disparaître; les particuliers ayant tendance, en pareilles circonstances, à adopter une monnaie de « paiement », ou plus simplement une monnaie de « compte », rattachée à l'or. Dans les relations internationales de telles stipulations sont valables (41). Il n'en est pas de même des contrats qui relèvent du pur droit interne; la jurisprudence y annule impitoyablement ces clauses, comme contraires à l'Ordre Public. Elles tendent en effet à entraver le crédit général qui, du fait de l'inflation, origine normale du

---

(40) Civ. 17 février 1937. D. H. 37, p. 218, S. 1937.1.337. note René Rodière.

(41) Civ. 14 janvier 1931. D. P. 1931.1.5, note Savatier, conclusions du P. G. Matter; solution adoptée par l. 18 février 1937 modifiant art. 6, l. 1er octobre 1936.

cours forcé, est déjà en mauvaise posture. Et de plus, étant d'Ordre Public, de telles dispositions s'appliqueront immédiatement aux contrats en cours lors de leurs promulgations. La jurisprudence en a décidé ainsi depuis de nombreuses années; elle a inauguré cette façon de voir par un arrêt remontant à la dernière moitié du XIX[e] siècle et qui faisait suite à la loi du 12 août 1870, décrétant en raison de la guerre le cours forcé des billets de banque (42). Elle a manifesté les mêmes tendances, plus récemment, à l'occasion de la loi du 5 août 1914, demeurée en vigueur jusqu'au 25 juin 1928 (43). Devant les exigences de l'Ordre Public, il n'y a pas de droits acquis, les parties à un contrat ne peuvent pas exciper d'un prétendu droit à voir se réaliser les effets qu'ils n'avaient prévu, en général, que d'une manière des plus vagues, à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'Ordre Public. La loi nouvelle doit alors avoir effet immédiat.

---

(42) Civ. 11 février 1873. D. P. 1873.1.177. Note Boistel, S. 1873.1.97, note Labbé.

(43) Civ. 17 mai 1927. D. 1928.1.25, note Henri Capitant, S. 1927.1.289, note P. Esmein; 31 décembre 1928. S. 1930.1. 41, note F. Hugert, Paris, 16 avril 1926. D. P. 1926.2.105, note Savatier.

Sur le proglème de la clause — or, et de ses succédanés V. Charles BEUDANT : *Cours de Droit Civil Français*, 2[e] éd., publiée par Robert BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, tome VIII, *Les contrats et les obligations*, avec la collaboration de G. LAGARDE, Paris, 1936, n[os] 499 et suiv.; JOSSERAND : *Cours de droit civil positif français*, 3[e] éd., 1939, tome 2, n[os] 858 et suiv., bibliographie, p. 527, note 1 ; PLANIOL et RIPERT : *Traité Pratique de droit civil français*, Obligations, tome VII, ESMEIN, RADOUANT, GABOLDE, n[os] 1166 et suiv.

S'il en est ainsi des obligations nées de conventions (44) il en est exactement de même pour les autres catégories d'engagements. La loi en vigueur lors de la passation du contrat en régit en prince les effets : « ...les effets d'un contrat comme ceux d'un délit ou quasi-délit sont régis par la loi en vigueur à l'époque où se sont produits les faits susceptibles d'être générateurs d'obligations, à moins que par une manifestation non équivoque de volonté, le législateur ait donné une portée rétroactive à la prescription qu'il édictait » (45). Il n'est pas exact de parler de « rétroactivité », comme le fait l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de Cassation dont on vient de donner un extrait ; mieux vaudrait dire que le législateur peut expressément imprimer à une disposition un caractère rétroactif, ou, dans le cas où celle-ci intéresserait l'Ordre Public, qu'elle s'applique immédiatement (46). C'est toujours la même idée : une loi d'Ordre Public doit trouver application immédiate aux obligations nées avant sa publication (47).

---

(44) On peut également mentionner la législation des loyers, législation dont beaucoup de dispositions, en dépit de leur prétendu caractère exceptionnel et temporaire, sont d'Ordre Public ; JOSSERAND : *Cours de Droit Civil positif Français*, 3e éd., tome 2, nos 1176 et 1257 bis et suiv.

(45) Ch. Sociale, 24 décembre 1938. D. H. 1939, p. 245 ; dans le même sens Civ. 27 janvier 1932. S. 1932.1.247.

(46) On lit dans un jugement du Tribunal de la Seine : « Attendu que, sauf dispositions légales contraires, les lois d'Ordre Public, sont immédiatement applicables même si elles portent atteintes aux intérêts des parties. » (Trib. Seine 23 mai 1939. D. H. 1939, p. 445.

(47) La jurisprudence, d'ailleurs, a soin parfois de marquer la différence entre « effet rétroactif » et « effet immé-

En résumé, le juge, ayant à régler un conflit de lois dans le temps, aura recours, dans l'interprétation qu'il fera des textes, à la notion d'Ordre Public, dans deux hypothèses; dans un premier cas, il la mentionnera comme devant expliquer l'attitude du législateur lorsque celui-ci aura imprimé àà une de ses dispositions un caractère rétroactif ; dans un second cas, il en fera une application réelle, en présence d'une disposition légale intéressant l'Ordre Public et devant régir les effets d'obligations nées de faits antérieurs à sa promulgation.

§ 2. *La « Notion » d'Ordre Public et l'Application des lois dans l'espace.*

De même que la notion d'Ordre Public intervient dans le problème de l'application des lois dans le temps, de même, elle intervient en ce qui concerne les conflits de lois dont l'étude forme l'objet de cette branche de la science du Droit : le Droit international privé. Il y a là un champ d'exploration presque illimité et dont on n'est pas prêt d'avoir aperçu toutes les possibilités. La

---

diat ». Pour elle l'application à un contrat d'une loi nouvelle d'Ordre Public n'est pas constitutive de rétroactivité; « toute loi nouvelle, en tant qu'elle ne porte pas atteinte à des droits acquis (et l'on a vu, qu'il n'y a pas de droits acquis à l'encontre de l'Ordre Public) peut modifier les effets futurs de faits, actes ou situations qui lui sont antérieurs, sans que cette application immédiate lui imprime le caractère de rétroactivité ». Civ. 23 nov. 1938. S. 1939.1.30 (*contra :* Roubier : Revue critique de législation et de jurisprudence, 1932, p. 174 et suiv.).

question de l'Ordre Public en droit international privé a donné lieu à de nombreuses études; on a pu dire que chaque auteur avait son système : ici *toute controverse doctrinale est laissée de côté* (48).

C'est donc encore vers le droit positif français qu'il importe de se tourner pour apercevoir les multiples application dont la notion d'Ordre Public est l'objet en matière de conflits de lois dans l'espace. Il ne s'agit pas, bien entendu, d'en faire un exposé tant soit peu complet, mais uniquement de montrer, par quelques exemples choisis dans le Droit des Biens ou dans celui des Personnes, son intervention et les modalités qu'elle y revêt (49).

I. — Le « Droit des Biens » fournit quelques manifestations de la notion d'Ordre Public, dans les rapports de droit privé présentant un élément d'extranéité. Le tribunal de Commerce de Marseille avait, par jugement en date du 10 avril 1923, à la requête des capitaines de plusieurs navires de la société de navi-

---

(48) Il est impossible, même en laissant de côté toute controverse doctrinale, de ne pas mentionner ici quelques études, particulièrement importantes : PILLET : *Traité pratique de droit international privé*, 1923-1924, tome 1er, nos 34 et suiv.; BARTIN : *Etudes de Droit International*, 1899, p. 189-281; du même V. également : « *Principes de droit international privé, tome* 1er, 1930, § 90-§ 139, p. 239-270; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *Précis de Droit international privé*, 3e éd., Dalloz, 1937, nos 264-271.

(49) V. tout spécialement le *Répertoire de Droit International*, A. DE LAPRADELLE et J. P. NIBOYET, Sirey, tome 10, 1931, vo *Ordre Public*, p. 92-170; des mêmes : *Supplément au Répertoire de Droit International*, p. 233.

gation russe dite « La Ropit », auxquels s'étaient joints un assez grand nombre d'actionnaires et de créanciers, pourvu à l'administration provisoire de la flotte de cette société, se trouvant à Marseille, ainsi d'ailleurs que des biens ou intérêts lui appartenant en France; le gouvernement de l'U.R.S.S., représenté par son ambassadeur à Paris, avait formé tierce opposition à ce jugement, et en demandait l'annulation en se prétendant propriétaire des navires de la société « La Ropit », en vertu d'un décret du 26 janvier 1918, par lequel il avait prononcé la nationalisation de la flotte marchande russe. Cette prétention fut repoussée par la Cour d'Appel, qui déclara non recevable la tierce opposition, pour défaut d'intérêts. La Chambre des Requêtes, appelée à statuer sur cette question, rejeta le pourvoi ainsi formé en s'appuyant sur un certain nombre de motifs qui valent la peine d'être relevés : « Attendu, déclare-t-elle, que si en principe les tribunaux d'un Etat, lorsqu'ils sont appelés à apprécier une situation juridique née sous l'empire d'une législation étrangère, doivent le faire en appliquant la loi étrangère, cette règle ne les oblige que dans la mesure où l'application de la loi étrangère ou le respect des droits acquis en vertu de cette loi, ne porte pas atteinte à des principes ou à des dispositions de leur loi nationale considérées comme essentielles pour l'Ordre Public. Attendu qu'aux termes de l'article 545 du Code Civil, nul en France ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité; que cette règle, insérée dans nos codes et affirmée par nos constitutions successives, est une des bases fondamentales de

nos institutions sociales ». Déclaration, qui avait été précédée de celle du Conseiller-Rapporteur, la règle de l'art. 545, constituant d'après lui « une des bases fondamentales de notre Ordre Social », et n'ayant pas un « caractère purement juridique » (50).

Si l'on quitte le domaine des droits réels, pour aborder celui des droits de créance, la jurisprudence a encore recours à la notion d'Ordre Public, pour écarter l'application d'une loi étrangère qui heurte nos conceptions sociales et juridiques les plus élémentaires; ceci est particulièrement net, dans un arrêt de la cour de Colmar (51). Il existe donc dans le domaine des droits patrimoniaux, des principes auxquels on ne

---

(50) Req. 5 mars 1928, *Ropit*, D. P. 1928.1.81, avec rapport du Conseiller Célice, note Savatier; en disant que la règle exprimée par l'art. 545, n'a pas un « caractère purement juridique », le Conseiller-Rapporteur, a, sans aucun doute, entendu exprimer par là, qu'elle n'était pas uniquement « technique », que sa portée dépassait le texte qui la consacrait.

V. aussi dans le même sens, un arrêt récent : Civ. 14 mars 1939. « Société Potasas Ibericas », D. H. 1939-257. Le nommé Nathan-Bloch, était endossataire d'un connaissement portant mention de 1350 tonnes de potasse, provenant des mines de la Soc. Potasas Ibericas ; celle-ci fait opposition à livraison, ses biens, ses stocks, ayant été appropriés par un acte de la Généralité de Catalogne : « Attendu, déclare la Chambre civile, que les tribunaux français ne sauraient reconnaître aucune dépossession, d'un droit de propriété en dehors du consentement du propriétaire, sans une juste et préalable indemnité ».

(51) Colmar, 16 février 1937. « Bentzinger ». D. P. 1939.2. 25, note E. Silz, « un acte (un mandat) exclusif de toute idée spéculative, qui a pour but de procurer à un sujet..., ayant dû quitter son pays en raison du changement de la

peut déroger; un tel résultat est également vrai si l'on envisage maintenant les institutions juridiques que l'on peut classer et réunir sous l'appellation de « Droit des Personnes ».

II. — Le mariage, sa célébration au même titre que ses causes de dissolution, a donné lieu à de nombreux débats judiciaires, l'union qu'il consacre étant l'un des fondements de toute société (52). Une dame C..., de nationalité française, avait contracté mariage avec le sieur Abramovitch, sujet serbe, devant l'officier de l'état civil de la commune de Moret-sur-Loing, en juillet 1920; la dame Abramovitch forma, devant le tribunal civil de la Seine, une demande en nullité de son union civile, motifs pris que la loi serbe exigeait pour la validité du mariage, qu'il y eut célébration devant un prêtre orthodoxe, même si l'un des conjoints appartenait à un autre dogme; de plus elle excipait que son mari l'avait induite en erreur, s'étant donné comme étant de religion chrétienne orthodoxe alors qu'il était israëlite, or aux yeux de la loi serbe cette

---

situation politique, les moyens de subsistance nécessaires en lui permettant de rentrer en possession de son patrimoine ne peut en aucune façon troubler l'Ordre Public ».

(52) On connaît les déclarations de J.-J. Rousseau : « La famille est, si l'on veut, le premier modèle des sociétés politiques : le chef est l'image du père, le peuple est l'image des enfants; et tous, étant nés égaux et libres, n'aliènent leur liberté que pour leur utilité. Toute la différence est que, dans la famille, l'amour du père pour ses enfants le paie des soins qu'il leur rend; et que dans l'état, le plaisir de commander supplée à cet amour que le chef n'a pas pour ses peuples ». Du *Contrat Social*, Livre 1er, chapitre 2e.

dissimulation constituait un dol, qui serait également une cause de nullité du mariage, aux yeux de la loi serbe, l'union entre chrétien orthodoxe et israélite, y étant prohibée. Le tribunal de la Seine, le 7 janvier 1922, considéra que « le principe de la sécularisation du mariage implique la validité en France de la célébration purement civile du mariage de deux étrangers, dont le statut personnel n'admet que la célébration religieuse », et de plus que « les incapacités de cette nature (impossibilité à deux individus de religion distincte de contracter mariage valablement aux yeux de la loi serbe), basées sur des différences de race ou de religion ne sauraient être sanctionnées en France, quoiqu'elles soient conformes au statut personnel des parties; qu'elles sont contraires à notre ordre public et à l'égalité qu'il consacre entre toutes les personnes » (53) ; la Cour de Paris, le 17 novembre 1922, confirma ce jugement.

Les dissolutions d'union, prononcées par des autorités religieuses, en France, heurtent également des principes d'Ordre Public; la décision du tribunal de la Seine, dans l'affaire « Gerebkow », est particulièrement nette, à cet égard. La demanderesse avait contracté mariage le 10 janvier 1930 par-devant l'officier de l'état civil de Meudon, avec le sieur Alexis Gerebkow se disant divorcé de la dame Hénia Nikolsky; pour un motif qui n'est pas révélé, la dame Gerebkow agit en nullité de son union; elle allègue à l'appui de cette prétention, qu'au moment de son mariage, l'union an-

---

(53) Paris, 17 nov. 1922. « Abramovitch », Revue de Droit international Privé, 1922-23, p. 437.

térieurement contractée par Alexis Gerebkow et Hénia Nikolsky n'avait pas été dissoute régulièrement. En effet, le sieur G... s'était borné à produire à l'officier de l'état civil de Meudon (qui par ignorance, sans doute, s'en était contenté), un certificat de divorce, délivré par l'administration diocésaine des Eglises orthodoxes russes en Europe Occidentale, constatant que le mariage des époux Gerebkow-Nikolsky, célébré en 1903 à l'église russe de Belgrade, avait été dissous par un arrêt du conseil diocésain de Paris en septembre 1926. Le tribunal de la Seine, saisi par la dame G..., d'une demande tendant à reconnaître la non-validité de son mariage, fondée sur l'existence d'une union préexistante, commença, à très juste titre d'ailleurs, par s'enquérir de la validité même de cette première union; or, au regard de la loi yougo-slave, le mariage religieux était le seul que pouvaient valablement contracter Gerebkow et la dame Nikolsky; de plus, étant tous deux orthodoxes russes, le prêtre compétent pour célébrer leur union était bien le prêtre orthodoxe russe; ainsi, au regard de la loi française, ce mariage était valable comme ayant été célébré dans les formes usitées dans le pays où il a été passé (locus regit actum), par contre, le tribunal estima « qu'en ce qui concerne la dissolution de cette union par l'arrêt du conseil diocésain de Paris, cette dissolution ne saurait être considérée comme valable aux yeux de la loi française; qu'en effet il est contraire à l'Ordre Public français que l'autorité ecclésiastique exerce une juridiction civile » (54).

(54) Trib. civ. Seine, 2 juin 1930. « Gerebkow », Rev. dr. int. pr., 1930, p. 456.

L'union des époux entraîne des conséquences aussi bien dans le domaine des droits patrimoniaux que dans celui du Droit des Personnes. Au premier point de vue, on peut retenir également un jugement du tribunal civil de la Seine, qui précise le caractère d'Ordre Public, que présente l'obligation alimentaire entre époux : une dame Bertoncini avait émis la prétention de pratiquer une saisie-arrêt sur les salaires de son mari qui ne subvenait pas, comme il aurait dû le faire, aux charges du ménage; Bertoncini vint contester devant le tribunal la validité de la saisie-arrêt : « Attendu, y lit-on, que Bertoncini, prétend que la loi du 13 juillet 1907 serait inapplicable en l'espèce, sa femme et lui étant des sujets italiens; mais attendu qu'il s'agit là d'une loi d'Ordre Public régissant tous ceux qui demeurent en France, y compris les étrangers; qu'en effet l'art. 3, C. Civ. spécifie que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui demeurent en France, y compris les étrangers; qu'en effet l'art. 3 C. Civ. spécifie que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire et qu'il est de principe que les textes législatifs, tels que la loi précitée, laquelle oblige chacun des époux à subvenir dans la mesure de ses moyens aux charges du ménage, sont au sens large du mot, des lois de police et de sûreté, aux termes dudit art. 3, puisque dans un but de moralité et d'Ordre Public, ils sanctionnent l'obligation naturelle de fournir des aliments... » (55).

Les questions de filiation sont intimement liées à celles qui concernent l'organisation de la famille d'une

(55) Trib. Civ. Seine, 3 déc. 1930, « Bertoncini », Gaz. Pal. 1931.1.131.

façon générale. Il en est ainsi tout spécialement du problème de la légitimation d'un enfant naturel; souvent la notion d'Ordre Public intervient; on peut citer à titre d'exemple un arrêt particulièrement caractéristique de la chambre civile : l'arrêt « Reweliotty ». La mineure Irène, née à Paris le 5 juin 1920, avait été reconnue par le sieur Reweliotty et la dame Struve, tous deux de nationalité russe, simultanément et par le même acte le 16 juillet 1920 et de nouveau le 31 décembre 1925; or la filiation paternelle de la mineure Irène était adultérine, Reweliotty se trouvait engagé dans les liens du mariage avec une femme autre que la dame Struve, au moment de la conception et de la naissance de la dite mineure et avait eu de son mariage un enfant légitime. Après divorce, le sieur R... contracta mariage avec la dame Struve le 7 avril 1921, et les deux époux introduisirent une action devant le tribunal de la Seine, aux fins de faire déclarer que la mineure par eux reconnue avait été légitimée par leur mariage; à l'appui de cette demande, ils invoquaient leur loi nationale, laquelle autorisait la légitimation par mariage subséquent des enfants adultérins; la Chambre Civile de la Cour de Cassation n'admit pas cette manière de voir, déclarant « que la légitimation des enfants adultérins quant au père est interdite par l'art. 335 du Code Civil, lorsqu'il existe un enfant légitime issu du mariage, au cours duquel l'enfant adultérin a été conçu; que cette règle est d'ordre public, et ne saurait être mise en échec par l'application d'une loi étrangère » (56).

---

(56) Civ. 31 mars 1930. « Reweliotty », Rev. dr. int. prive, 1930, p. 686.

Et c'est à une solution, en grande partie semblable, que cette même juridiction se range, lorsqu'il s'agit de déterminer les droits des enfants naturels à l'égard de ceux qu'ils prétendent être leurs parents. « Attendu, déclare la Chambre civile, le 30 novembre 1938, dans son arrêt Marchal, que si en principe, l'état des étrangers reste régi par leur loi nationale, celle-ci ne saurait faire échec aux lois d'Ordre Public qui s'imposent même aux étrangers; qu'une demande en payement de rente intentée dans l'un des départements recouvrés, au nom d'un mineur allemand contre un citoyen français, en vertu de l'article 1708, du Code Civil allemand, implique nécessairement que le défendeur serait le père naturel de l'enfant. Attendu que le représentant légal du mineur P. Baumann, enfant naturel de nationalité allemande, né le 19 février 1920, a assigné le 13 février 1931, Marchal, citoyen français, en payement d'une pension alimentaire, dans les termes de l'art. 1708 du C. Civil allemand; que par jugement du 11 juillet 1934 le tribunal civil de Thionville a fait droit à cette demande en appliquant à l'espèce la loi allemande; mais attendu que le délai imparti par l'article 340 C. Civil pour intenter l'action pendant la minorité de l'enfant, à peine de déchéance de cette action, a été prescrit pour des motifs d'Ordre Public, se rattachant à l'honneur et au repos des familles » (57).

---

(57) Civ. 30 novembre 1938. « Marchal », D. P. 1938.1.57; V. également les motifs particulièrement nets invoqués par la Cour de Colmar. 27 janvier 1931. D. P. 1931.2.137, note Albert Chéron : « Attendu qu'il est vrai, en droit international privé, qu'en matière de recherche de paternité, c'est la loi nationale de l'enfant qui peut et doit être prise en

Les quelques exemples étudiés dans les deux sections précédentes montrent le rôle important que joue la notion d'Ordre Public dans l'interprétation des lois. C'est fréquemment que le juge y a recours. Il s'agit toujours de tracer une *limite* à *l'application* d'une loi dans le *temps* ou dans *l'espace;* limite destinée à *sauvegarder* le domaine d'une autre disposition légale ou de principes essentiels. Egalement la notion d'Ordre Public est mise en œuvre parfois indépendamment de toute indication de la loi par le juge de sa propre autorité ; il en est ainsi notamment de l'art. 2 du C. Civ. qui ne la mentionne pas, et auquel on le rattache souvent (58).

---

considération pour déterminer les conditions auxquelles l'action se trouve être, en toute première ligne, obligatoirement subordonnée. Mais attendu qu'une telle action, qui intéresse l'enfant, intéresse également et nécessairement par ricochet le pays où la demande est produite et dont les dispositions similaires et parallèles, faites en conformité d'un certain ordre social, ne peuvent pas, en bonne logique, céder le pas devant des dispositions contraires ; risquant d'enfreindre les limites de protection que dans un intérêt de paix et de préservation, il a entendu assurer à l'individu sur son territoire ».

(58) Sur la notion d'Ordre Public en droit international privé, V. *Répertoire de Droit International,* sous la direction de A. de Lapradelle et J. P. Niboyet, tome X, Paris, 1931, V° Ordre Public, n°s 2 et suiv. ; on y trouve un résumé des diverses doctrines proposées notamment par Lainé, Valéry, Niboyet, Pillet, Bartin, etc...

Sous-section deuxième

L'Ordre Public et l'acte juridique

I. — La notion d'Ordre Public, est l'objet de nombreuses applications dans le domaine des actes juridiques volontaires : les recueils de jurisprudence montrent sans cesse des contrats annulés comme ayant un objet ou une cause contraire à àl'Ordre Public ; d'ailleurs on ne doit pas être surpris de voir ces deux concepts d'acte juridique et d'Ordre Public intimement liés en pratique, puisque deux sur trois des articles du Code Civil qui parlent de cette notion, la consacrent à propos des « conventions », variété d'actes juridiques : « On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'Ordre Public et les bonnes mœurs »,déclare l'article 6 du Code Civil, idée que l'on retrouve, appliquée à un cas particulier dans l'art. 1133 : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public », texte qui est placé dans un chapitre intitulé : « Des conditions essentielles pour la validité des conventions ». Ainsi la loi elle-même a bien marqué l'importance capitale de la notion d'Ordre Public dans le droit des conventions. Mais la jurisprudence a marché encore plus avant dans cette voie; on s'en rend compte, en passant en revue quelques applications pratiques ; si bien qu'à l'époque actuelle les deux notions d'actes juridiques volontaires et d'ordre public sont étroitement unies.

II. — Il ne s'agit pas, bien entendu de présenter, même brièvement, une théorie générale des actes juridiques. Tout au moins, convient-il, sur la base d'ouvrages nombreux et bien connus, et avant d'aborder les applications de la notion d'Ordre Public, en matière d'actes juridiques, de rappeler quelques idées propres à éclairer les développements qui vont suivre (1). L'acte juridique peut être défini : « une manifestation extérieure de volonté qui est faite en vue d'acquérir, de transmettre, de modifier ou d'éteindre un droit, et qui produit l'effet voulu par son auteur, parce que le Droit sanctionne cette manifestation de volonté. Ainsi l'acte juridique présente les deux traits

---

(1) Au sujet de la théorie générale des actes juridiques, nous avons consulté plus spécialement les ouvrages suivants :

Bonnecase : *Supplément au traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie et ses collaborateurs,* tome II, p. 314 et suiv.; Capitant : *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales,* 5e éd., Paris, 1929, n° 230 et suiv.; Josserand : *Cours de Droit Civil Positif Français,* Sirey, 1938, 3e éd., tome 1er, nos 119 et suiv.; du même : *Les Mobiles dans les actes juridiques du Droit Privé, passim;* Ripert : *La Règle Morale dans les Obligations Civiles,* 3e éd., 1935, chapitre 1er; du même : *Le Régime démocratique et le droit civil moderne,* 1936, nos 137 et suiv.; Planiol et Ripert : *Traité élémentaire de Droit Civil,* 12e éd., nouveau tirage, 1939, tome 1er, nos 264 et suiv.; Demogue : *Traité des Obligations en général,* tome 1er, nos 10 et suiv.; Duguit : *L'Etat, le Droit objectif et la Loi Positive,* 1901, ch. 3, p. 138-226 consacré à l'acte juridique; Perreau, *op. cit.,* tome 2, p. 1-44. — A ces quelques ouvrages, il faudrait joindre tous ceux qui traitent en tout ou en partie du principe de l'autonomie de la volonté; nous aurons l'occasion de citer quelques-uns de ces derniers, au cours de cette étude.

distinctifs suivants : 1° la volonté de celui ou de ceux qui font l'acte qui tend vers un but juridique; 2° Le Droit attache à cet acte un effet juridique, parce que cet effet a été voulu par l'auteur. Si la volonté n'existait pas, cet effet ne se produirait pas ; on peut donc dire qu'il découle directement de la volonté » (2). Et M. Capitant poursuit : « L'acte juridique nous apparaît donc comme un acte libre produisant les effets que son auteur ou ses auteurs ont voulu y attacher. Les articles 1134 et 1156 du Code Civil consacrent pour les contrats, qui sont les actes juridiques les plus importants, ce grand principe de la liberté des parties, ou, comme on dit encore, de l'autonomie de la volonté : « Les conventions légalement formées, dit le premier tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Et le second ajoute : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Ce principe s'applique du reste non seulement en matière de contrats, mais à tous les actes juridiques. Ainsi, notamment, le testateur règle comme il veut la dévolution de ses biens au moment de son décès, et sa volonté doit être respectée à l'instar de la loi. Cependant, cette liberté, n'est pas absolue. Le Droit lui trace des limites. Il édicte certaines règles impé-

---

(2) Capitant, *op. cit.*, n° 230, p. 276-277 ; rapprocher de cette définition de l'acte juridique, celles qu'en donnent M. Bonnecase : *Introduction à l'étude du Droit*, 2e éd., 1931, Sirey, n° 54, p. 104, et M. Planiol, *op. cit.*, n° 265, ainsi d'ailleurs que celles de presque tous les auteurs, à l'exception peut-être de Duguit (*op. cit., loc. cit.*) qui minimise le rôle de la volonté individuelle.

ratives, basées sur des considérations d'ordre public ou destinées à assurer le respect des bonnes mœurs, ou encore à protéger certaines personnes, et l'application de ces règles ne peut pas être écartée par les parties » (3). Seulement il faut bien observer que cette liberté, limitée par des considérations d'Ordre Public, doit être conforme à l'intérêt social : « Ils (les actes juridiques) obligent, écrit Demogue, comme répondant à une liberté individuelle qu'on présume d'accord avec l'intérêt social.....; et ils sont irrévocables parce qu'autrement la sécurité serait atteinte » (4). Et cela d'autant plus que, contrairement à ce qu'ont pu en croire certains auteurs, l'état d'obligé, les actes juridiques n'ont rien d'exceptionnel, d'anormal : nous considérons, au contraire, qu'ils sont des manifestations nécessaires de la vie en société. En contractant je n'aliène pas ma liberté; « l'état d'obligé, écrit M. Demogue, peut-il être considéré comme exceptionnel Les civilistes le disent volontiers. D'après eux l'état de liberté est l'état naturel de l'homme. Cette idée qui rappelle inconsciemment l'état de nature de Rousseau et place comme idéal que chacun en société soit aussi libre qu'auparavant dans le prétendu état de nature (5), est tout à fait inexacte. L'état naturel en société est la solidarité, la liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure. L'obli-

---

(3) Capitant, *op. cit.*, n° 230, p. 277.

(4) Demogue, *op. cit.*, p. 33 *in fine*.

(5) On se souvient des remarques férocement ironiques qu'inspirèrent à Voltaire, le retour à « l'état de nature » du naïf Rousseau.

gation, acte libre, doit être consacrée comme instrument nécessaire de la coopération sociale » (6). Les actes juridiques sont indispensables à la vie d'un groupe social, parvenu à un certain stade de civilisation, et leur nombre croît à mesure que la division du travail accentue sa techniuqe : à l'époque actuelle chaque individu ne produit qu'une infime partie des objets nécessaires à la satisfaction de ses besoins, les autres il doit les acquérir en passant des conventions avec leurs possesseurs : sans cesse, nous devons recourir aux services d'autrui ; les actes juridiques, organes juridiques de la vie économique, sont innombrables (7) : c'est là un fait inéluctable.

III. — Si le domaine des actes juridiques, est si vaste, en droit privé français (8), les applications de la notion d'Ordre Public vont y être innombrables. Aussi est-il utile de recourir à un classement. Les

---

(6) DEMOGUE, *op. cit.*, n° 10, p. 19.

(7) THALLER : *La Vie juridique du Français* (Travaux de la conférence d'Agrégation de Droit Privé, 1907-1908), tome II, ch. VII, *Le Crédit*, par Gaston MORIN, notamment p. 18, et p. 46; V. également DURKHEIM : *De la division du travail social*, 1893, p. 218 et suiv.; TARDE : *Les transformations du Droit*, p. 125; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN : *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tome VI, « Obligations », 1931, n° 3, p. 3; DURAND : *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, p. 4.

(8) Certains auteurs ont manifestement exagéré la portée des actes juridiques; c'est ce que constate très justement M. BONNECASE : *Supplément au Traité théorique et Pratique de Baudry-Lacantinerie et ses collaborateurs*, tome I^er^, n° 366-370.

principales classifications des actes juridiques ont été indiquées à maintes reprises par les auteurs (9) ; suivons ici la principale d'entre elles. Les actes juridiques découlent soit de l'accord de deux ou plusieurs volontés, soit d'une volonté unique ; les premiers sont des « conventions », ou actes juridiques « plurilatéraux » ; les seconds sont des « actes à formation unilatérale », ou « engagements unilatéraux de volonté ».

§ 1er. — *L'Ordre Public et les Conventions particulières.*

C'est uniquement aux « conventions particulières », que pense le Code Civil dans ses articles 6 et 1133 ; et c'est la plus importante catégorie d'actes juridiques, celle qui marque actuellement un « essor » considérable, et sur lequel les auteurs n'ont pas manqué d'attirer l'attention (11). Toutefois, il n'est pas possible de citer,

---

(9) V. notamment CAPITANT, *op. cit.*, nos 231 et suiv.; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

(10) JOSSERAND : *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3e éd., tome II, 1939, nos 13 et suiv.; CAPITANT, *op. cit.*, nos 232-233.

(11) V. SOLUS : *Les Principes du Droit Civil*, 2e éd., 1939, Armand-Colin, p. 109 et suiv.; JOSSERAND : *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3e éd., 1939, tome II, nos 14 et suiv.; du même : *La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du code civil français, Livre souvenir des journées du droit civil français à Montréal*, p. 29 et suiv.; également « *L'essor moderne du concept contractuel*, dans « Recueil d'Etudes sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény », tome II, p. 330.

même sommairement, des exemples de toutes les catégories d'applications dont l'Ordre Public peut être ici l'objet (12) Il suffit d'indiquer, à grands traits, les tendances de la jurisprudence; et comme les espèces sont fort nombreuses, les grouper autour de quelques idées qui ne sont généralement pas mise en lumière. En faisant appel à la notion d'Ordre Public, le juge, essaye de répondre à trois catégories de préoccupations, de buts pratiques : fréquemment il se sert de cette notion pour empêcher les parties d'atteindre un certain *résultat* qu'il semble blâmable d'admettre; parfois il ne vise qu'à réprimer une certaine mentalité, certains *motifs;* enfin il peut y recourir, non pas pour contrecarrer un mobile ou un résultat blâmables, mais pour empêcher un certain *moyen,* un « procédé » déterminé.

I. —*La Notion d'Ordre Public s'oppose à la réalisation d'un résultat jugé blâmable par le magistrat.*

Souvent les parties accomplissent un acte, réalisent une convention, afin d'atteindre un objectif dont le juge n'admet pas la réalisation pratique. Il censure le

---

(12) V. sur tous ces points : *Code Civil annoté,* par FUZIER-HERMAN, nouvelle édition refondue et mise à jour par R. DEMOGUE, tome 1er, art. 6, p. 38-40; DALLOZ : *Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de Législation, de Doctrine, et de Jurisprudence,* tome XXXIV, I, V° Ordre Public, p. 537-538; V. également PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, op. cit., p. 315-341; BEUDANT : *Cours de Droit Civil Français,* 2e éd., publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, tome VIII, *Les Contrats et les Obligations,* avec la collaboration de G. LAGARDE, 1936, p. 126.

contrat à raison d'un fait qui lui est extérieur, dont il ne constitue qu'un mode de réalisation. On envisagera donc ici le contrat d'un point de vue purement « objectif », « externe » ; les exemples abondent, signalons-en quelques uns.

Le plus simple, le plus évident, en quelque sorte, est celui qui nous est fourni par l'arrêt « Erback », arrêt déjà ancien : le juge ici, a voulu à tout prix empêcher, un résultat qui se révélait plus que menaçant pour l'ordre social. Le 1er janvier 1792, Monsieur — depuis Louis XVIII — et le comte d'Artois, futur Charles X, conclurent avec le prince de Salm-Kirbourg, un traité pour la levée, aux frais de ce dernier, d'un régiment de hussards, destiné à servir contre la France. Après la révolution de Juillet 1830, la comtesse d'Erback, héritière du prince allemand, forma une action en paiement de 132.000 francs contre Charles X. Le tribunal de la Seine, le 3 juillet 1832, débouta la comtesse d'Erback, motif pris qu'il n'était pas prouvé que le prince de Salm, ait rempli son engagement. Elle fit appel ; mais le ministère public souleva d'office un moyen d'Ordre Public : l'illiceité de la convention, dont la cause était contraire à l'Ordre Public ; la cour adopta ce moyen, et vit dans la convention litigieuse un engagement « prohibé par la loi civile, autant que par la loi naturelle et celle du droit des gens » (13). On ne pouvait évidemment pas statuer autrement : la contravention à l'ordre

---

(13) « Erback c/ Charles X », Paris, 21 juin 1833. S. 1833. 2.646.

social était par trop flagrante. Heureusement les espèces de ce genre sont rares. On pourrait encore relever l'arrêt « Flörsheim », intervenu plus récemment dans une affaire semblable, mais non identique : il s'agissait bien d'une convention passée en France, mais en vue de réaliser un coup d'état à l'étranger, au Venezuela ; le tribunal de la Seine prononça ici aussi la nullité du contrat et d'une hypothèque le garantissant, bien qu'il se soit agi de renverser une organisation qui était complètement étrangère à la France (14). En un siècle seulement deux décisions de cette nature, ont été rendues par les juridictions françaises.

Sans aller aussi loin, des décisions assez fréquentes visent non plus à sauvegarder l'Etat lui-même contre un bouleversement total, mais à protéger le bon fonctionnement de ses institutions. Il en est ainsi notamment des élections, dont la régularité ne fut pas toujours au-dessus de tous soupçons, spécialement en certaines régions; les tribunaux ont voulu réprimer le « trafic des votes ». On peut citer un exemple précis dans un jugement du tribunal de Tarbes : « Au cours d'une campagne électorale, Conte, aubergiste de profession, avait fourni des consommations gratuites sur l'ordre d'un député F..., et de ses agents électoraux. L'élection terminée, Conte réclama à F... le montant des boissons qu'il avait généreusement distribuées, soit 1.300 francs, le député refusa, l'affaire vint devant le tribunal de Tarbes qui décida qu' « en tous cas il appert à l'évidence, de toutes les circonstances et pièces

(14) « Flörsheim c/ Delgado-Chalbaud », Trib. Civ. Seine, 2 juillet 1932, S. 1934.2.73, note Niboyet.

du procès, que les libations dont s'agit avaient pour but, dans la pensée des parties, de procurer à F... les suffrages de ceux qui y prendraient part; que dès lors la cause de l'obligation dont Conte réclame l'exécution est illicite comme contraire à la fois à l'ordre public et aux bonnes mœurs » (15). — C'est à une préoccupation identique, sauvegarde du régime des fonctions publiques, qu'obéissent les arrêts interdisant toutes tractations relatives à celles-ci; les espèces présentent une grande variété. Parfois on interdit la mise en société des fonctions publiques : il en est ainsi de l'arrêt de la chambre civile « Fermiger c/ Houdaille » (16) : le sieur Houdaille cède à Fermigier son étude de notaire. Puis, en même temps, ils rédigent une contre-lettre, aux termes de laquelle Fermigier, en dépit de l'acte apparent soumis à l'approbation de la chancellerie, ne serait pas cessionnaire de l'étude, mais simple gérant avec participation aux bénéfices : la Cour de Cassation décida que, cette contre-lettre, dérogatoire au traité ostensible, portant atteinte au droit de contrôle du gouvernement en matière de cession d'office est entachée d'une nullité absolue et d'ordre public, et que par suite Houdaille ne pouvait s'en prévaloir ». D'une façon générale les conventions ren-

---

(15) Trib. civ. Tarbes, 14 mars 1899. S. 1900.2.219, « Conte c/ Fould, Lasserre, Dusser et autres »; V. également trib. Castelnaudary, 25 juin 1902. D. P. 1904.2.201, « Thomas et Cauredon c/ Laffon », note C. C.

(16) « Fermigier c/ Houdaille », civ. 10 juillet 1929. D. H. 1929. 442 : les agents de change, rappelons-le, peuvent avoir un ou plusieurs bailleurs de fonds : décret 7 octobre 1890, art. 6.

trant sous la qualification de « trafic de fonction », sont jugées, à très juste titre, avec une grande sévérité : un brigadier forestier, « Merger », s'était associé avec un sieur Debisy et quelques autres comparses adjudicataires de coupes de bois dans une forêt domaniale, pour participer aux bénéfices de l'exploitation, lorsqu'il agit en règlement de comptes contre ses associés, ceux-ci refusèrent et soulevèrent nombre de difficultés, d'où procès : la cour de Dijon estima que la convention intervenue entre « Merger » et les adjudicataires des coupes, était nulle comme ayant une cause contraire à l'Ordre Public (17). En ce cas la notion d'Ordre Public intervient encore à titre de sauvegarde, pour éviter un « résultat », qui en soi, indépendamment des mobiles ayant poussé les contractants, est néfaste. On en voit également un exemple singulièrement caractéristique dans un arrêt de la Chambre des Requêtes, « Raymond c/ Carrié » (18); deux marchands de vin, avaient formé une société en vue de frauder le fisc; le résultat recherché était d'échapper au paiement de certaines taxes perçues par l'administration des contributions indirectes ; la Cour de Cassation considéra que « les opérations intervenues entre Raymond et Carrié avaient pour but et ont eu pour résultat de frauder le fisc et de violer les lois qui, dans l'intérêt public, régissent les contributions indirectes ». — La bonne administration de la justice donne lieu également à inter-

(17) « Merger c/ Debisy », Dijon 15 mars 1894. D. P. 1894.2.471 ; V. aussi « Caron c/ Leducq », civ. 5 déc. 1911. D. P. 1913.1.120.

(18) Raymond c/ Carrié », Req. 8 nov. 1880. D. P. 1881. 1.115.

vention de la notion d'Ordre Public : il est certains résultats que l'on ne doit pas pouvoir atteindre : l'exercice de l'action publique, mise en œuvre dans l'intérêt de la société, ne doit pas être à la merci de la volonté des individus; à l'opposé la simple transaction sur les intérêts civils résultant d'un délit peut être valable : la distinction entre les conventions n'intéressant que l'action civile et celles touchant à l'action publique est d'ailleurs délicate ; l'arrêt « Degeorge » en donne un exemple : à la suite d'un accident, l'automobiliste « Degeorge » (auteur de l'accident), souscrit un engagement de réparer les dommages causés au mineur Peyrache, à condition que la mère de la victime retire la plainte qu'elle venait de déposer au commissariat de police. La veuve Peyrache, en effet, retire sa plainte; mais le sieur Degeorge refusa d'exécuter son engagement, le tribunal correctionnel, devant qui l'action publique avait été exercée, n'ayant fixé sa part de responsabilité qu'au cinquième; la Cour de Lyon le condamna à exécuter son obligation; Degeorge forma un pourvoi en cassation, motif pris que la Cour de Lyon a « validé une convention ayant pour but d'assurer l'impunité d'un délit », il y aurait donc ici une cause contraire à l'Ordre Public, mais, déclara la Chambre des Requêtes, « attendu qu'un retrait de plainte pur et simple, exempt comme en l'espèce de toute manœuvre destinée à entraver l'exercice de l'action publique ne lèse pas l'Ordre Public et constitue une cause licite pour une obligation » (19). — Mais ce n'est pas seu-

(19) « Degeorge c/ veuve Peyrache », Req. 31 mars 1931. S. 1931.1.223 ; V. également, « Société centrale des banques

lement, lorsque l'intérêt de l'Etat est en jeu, que les décisions judiciaires font appel à la notion d'Ordre Public; il se trouve de nombreux cas où seul l'intérêt d'un individu déterminé se trouve directement engagé, et où pourtant l'Ordre Public servira à empêcher qu'une convention n'atteigne un résultat qui « en soi » est blâmable et dangereux. Il en est ainsi notamment des règles concernant l'état, la capacité d'une personne (20). Autre application dans un arrêt de la Cour de Paris (21), du 29 avril 1913, « I. c/ I. », considérant, déclare l'arrêt que « I. sujet anglais, séparé de fait pas contrat mais temporairement d'avec sa femme, l'avait autorisée, dans le même acte, à s'occuper exclusivement, pendant une période déterminée, de leurs enfants communs, qui devaient être conduits à Paris où elle comptait se retirer dans sa famille ; qu'à l'échéance du terme, stipulé pour la restitution du fils, et le 31 mars dernier, l'appelant venu de Londres tout exprès, se heurtait au refus formel de la dame I., menaçant de s'enfuir avec le mineur à l'étranger, si cet unique moyen lui restait pour le conserver auprès d'elle; considérant que le juge des référés, par l'ordonnance dont appel, a rejeté les revendications du père, par le motif qu'une demande en divorce ayant

---

de province c/ époux H..., », Paris 15 mai 1925. S. 1925.2. 78.

(20) PLANIOL, RIPERT et SAVATIER : *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tome Ier, 1925, « Les Personnes », nos 15 et suiv.

(21) « I. c/ I. », Paris 29 avril 1913, S. 1914.2.40. V. aussi Paris 14 mai 1927. D. H. 1927.456, « Le Sourd c/ Dame Thévenin ».

été formée par l'intimée, depuis la citation qui l'avait saisi, il n'y avait ni raison, ni urgence à modifier l'état de choses actuel dont il reconnaissait implicitement la régularité... Considérant que le droit de puissance paternelle qui se base sur le droit naturel, se rattache essentiellement à l'Ordre Public, et ne saurait légalement être abdiqué à la suite de conventions particulières ». S'agissant même, non plus de l'organisation de la famille, cellule sociale primordiale, mais de l'individu, la notion d'Ordre Public interviendra encore ici pour éviter qu'on ne porte atteinte à son individualité « physique » ou « morale » ; l'individu, dans son corps, comme dans son esprit ne doit pas être diminué, c'est là un « résultat » auquel la société ne saurait se résoudre, et qu'elle doit essayer, par tous les moyens, d'empêcher. — C'est évidemment à la protection de l'individualité physique, du corps, que peuvent se rattacher, les décisions ayant trait aux « sports » ou aux « opérations chirurgicales » : la convention par laquelle un individu se soumettrait volontairement à une expérience de vivisection, serait entachée de nullité, comme portant gravement atteinte à l'Ordre Public : ce dernier ne peut tolérer que la moindre mutilation, la plus faible amputation, soit portée au corps humain : celui-ci doit rester intact, c'est un « objet » auquel il est interdit de faire subir, une lésion quelconque : il ne suffit pas de dire que l'individu a un « droit à la vie et à l'intégrité corporelle », il faut ajouter que c'est pour lui une obligation (22).

---

(22) PERREAU : *Des Droits de la Personnalité*, Rev. trim. 1909, p. 505.

Il est juste d'ajouter que la question de l'intégrité corporelle d'un individu se posera le plus souvent sur le terrain pénal; la raison en est simple : lorsqu'il consent à subir une mutilation, il y a bien convention, accord de volonté portant sur son propre corps, mais rarement la question de validité de cette convention se posera seule, ce sera le plus souvent, à propos d'une poursuite pour coups et blessures volontaires, qu'on en viendra à se demander si le consentement de la victime, a pu suffire pour exonérer de sa responsabilité l'auteur. Une réponse négative s'impose (23). Quant à la question des sports, c'est encore au point de vue pénal que l'on discutera le problème (24). Mais il n'en reste pas moins qu'à la base de toutes ces décisions, réside l'idée « qu'en vertu des principes de la civilisation chrétienne et des sociétés modernes, la personne humaine doit être sauvegardée dans son intégrité physique et morale, dans son indépendance, limitée seulement par les droits d'autrui et ses devoirs envers la collectivité, et dans sa libre activité » (25). C'est à un

---

(23) Donnedieu de Vabres : *Traité élémentaire de Droit criminel et de législation pénale comparée,* Sirey, 1938, nos 411 et suiv., p. 411 et suiv. — V. également Hémard : *Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures,* Revue critique législat. et jurispr. 1939, p. 293-319.

(24) Sur la Responsabilité en matière de sports : Bordeaux, 14 avril 1931. D. P. 1931.2.45, note Jean Loup.

(25) Planiol, Ripert et Esmein, *op. cit.,* n° 242, p. 326 ; V. également Josserand : *La personne humaine dans le commerce juridique,* D. H. 1932, p. 1 et suiv.; — A. Jack : *Des conventions relatives à la personne physique,* Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 1933, p. 366 et suiv.; V. aussi Ripert : *La règle morale dans les obligations civiles,* 3e éd., 1935, n° 24.

même ordre de préoccupations que se rattache la nullité des clauses de non-responsabilité en matière délictuelle. Deux personnes peuvent-elles convenir que, si l'une d'entre elles vient à causer un dommage à l'autre, elle sera exonérée de toute obligation de réparation, ou que cette obligation sera limitée à une certaine somme? Peut-on totalement ou partiellement écarter l'application de l'article 1382 du Code Civil ? (26). Le « fait juridique » est-il au-dessus des conventions privées ? Est-il parfois d'Ordre Public. La jurisprudence, même si l'on s'en tient à la faute quasi délictuelle — la faute lourde et le dol étant au-dessus des conventions privées par nature — proclame que l'article 1382 est « d'Ordre Public », que les conventions contraires sont impossibles : il n'y a aucune hésitation de sa part (27). Les principes, les règles de la responsabilité civile, sont supérieures aux conventions des parties. On a souvent critiqué cette conception, et certains auteurs, notamment M. Josserand (28) ont fait justement remarquer qu'il eut été préférable de distinguer suivant la nature du dommage; s'il ne s'agissait que de dommages causés aux choses, on ne voit pas quels obstacles pourraient s'opposer à ce que l'une des parties renonce par avance à sa créance délictuelle, par contre il n'en serait pas de même, s'agissant de dommages causés aux « personnes » ; on ne peut par avance assurer

---

(26) Josserand : *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3e éd., 1939, tome II, nos 474 et suiv., p. 282 et suiv.

(27) Civ. 27 juillet 1925. D. P. 1926.1.5, note Ripert; Paris, 10 juin 1926. D. H. 1926.397.

(28) Josserand, *op. cit.*, n° 479.

l'impunité à celui qui nous causera un préjudice ; une telle clause serait profondément immorale, elle ne consisterait, ni plus ni moins, qu'à remettre notre santé, notre vie peut-être entre les mains d'autrui. C'est à bon droit que la notion d'Ordre Public intervient ici encore : la personne humaine doit être sauvegardée coûte que coûte. — C'est à l'idée de protection de l'individualité physique, que se rattache aussi le caractère d'Ordre Public de l'obligation alimentaire; c'est un devoir, pour les personnes sur qui pèse cette charge, de subvenir à l'entretien de ceux de leurs parents ou alliés tombés dans le besoin; c'est une des plus belles manifestations de la solidarité et de la cohésion du groupe familial (29). L'obligation alimentaire dira-t-on est d'Ordre Public. La protection de la personne physique de l'individu l'exige (30).

Tous ces exemples, si éloignés les uns des autres qu'ils puissent paraître au premier abord, présentent pourtant tous un trait commun ; le juge y fait appel à la notion d'Ordre Public pour empêcher l'obtention d'un *résultat* qu'il estime blâmable. C'est donc en se plaçant à un point de vue *objectif,* qu'il apprécie la valeur et la moralité sociale des actes qui lui sont soumis.

---

(29) Civ. 11 janvier 1927. D. P. 1927.1.129, note Capitant; Req. 28 juillet 1928. Gaz. Pal. 1928.2.729; Civ. 20 juillet 1936. D. H. 1936.474.

(30) V. également Civ. 8 décembre 1909. S. 1912.1.517 : ouvrier s'étant engagé à travailler sans protection; V. dans le même sens, art. 30, loi 9 avril 1898, « concernant les accidents sont victimes dans leur travail », modifié par loi 1er juillet 1938.

II. — *La Notion d'Ordre Public intervient à raison des* motifs *blâmables, qui ont guidé l'un des contractants ou tous deux.*

Parfois, au contraire, l'acte soumis à l'appréciation du juge n'a rien d'illicite, ni de dangereux en soi : envisagé à un point de vue strictement « externe », il n'encourrait aucune sanction; le résultat qu'il vise est normal. Mais pourtant, la notion d'Ordre Public va avoir son rôle à jouer, rôle considérable. Le juge envisagera l'état d'esprit des parties contractantes, et si les mobiles qui les ont poussées à contracter lui semblent contraires à l'ordre social, il prononcera, au nom de l'Ordre Public la nullité de la convention. Cette recherche d'ordre psychologique carectérise parfaitement les tendances actuelles de la jurisprudence française dont on a loué, à juste titre, le « subjectivisme ». On s'est rendu compte que le droit reposait en grande partie sur la « volonté », et que cette dernière ne pouvait être séparée des « mobiles » qui en constituent comme les « ressorts ». Comme l'écrit Duguit « Les lois du monde physique ou biologique sont des lois de cause ; la règle sociale est une loi de but » (31). En droit la notion de « mobile » joue un

(31) Duguit : *L'Etat, le Droit Objectif et la Loi Positive*, 1901, p. 17; V. également p. 164 : « C'est le but uniquement qui fait d'un acte de volonté ce qu'il est »; dans le même sens Josserand : *Les Mobiles dans les actes juridiques du Droit Privé*, 1928, « Introduction », *passim;* V. aussi sur la théorie du « but » développée par Ihering, l'examen et la critique remarquables qu'en donne M. Gény, *Science et Technique en Droit privé positif*, tome II, Sirey, n° 76, p. 39-42.

rôle considérable, non seulement dans le domaine des actes juridiques privés, mais même dans celui du Droit Pénal (32). Examiner les raisons profondes qui ont incité un individu à passer une convention, c'est reconnaître dans tout rapport juridique, la présence « d'hommes » et non pas simplement de « patrimoines » ; le droit règle les rapports qui se forment entre deux ou plusieurs individus : il ne faut pas oublier la « loi morale » dont la disparition du Droit des Obligations consacrerait un recul très net de notre civilisation (33). Le moyen technique d'annulation des conventions, à raison des mobiles « vicieux » qui les ont formées, se trouve dans la théorie de la cause, les articles 1131 à 1133 du Code Civil, sont l'objet d'applications constantes, « ce sont eux que les magistrats, déclarait Capitant, invoquent quand ils annulent une convention illicite, faisant ainsi de ces textes les gardiens de l'Ordre Public et des bonnes mœurs » (34).

Il semble inutile d'insister plus longuement sur la théorie de la cause, dont les applications sont innombrables et en général fort justifiées; c'est là une des plus belles constructions juridiques dont on puisse saluer l'existence (35) ; la doctrine et la jurisprudence

---

(32) Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, nos 121-123, p. 83-84.

(33) Ripert : *La Règle morale dans les obligations civiles*, 3e éd., Paris, 1935, Introduction générale, *passim*.

(34) Capitant : *De la cause des obligations* (*Contrats, Engagements unilatéraux, legs*), 2e éd., Paris, 1924, p. 10; V. aussi, p. 37.

(35) Indiquons brièvement ici les ouvrages fondamentaux en la matière : Capitant : *De la cause des obligations* (*contrats, engagements unilatéraux, legs*), 2e éd., 1924; Ripert :

y ont collaboré toutes deux remarquablement (36). Ce qu'il importe de retenir, c'est le rôle joué par la notion d'Ordre Public : des exemples vont permettre de le saisir dans toute son ampleur.

Il en est ainsi notamment des conditions de ne pas se marier ou remarier (37). En soi, cette condition n'est plus, en l'état actuel de la législation, prohibée par la loi française : il en avait été autrement sous la Révolution (lois 5 Brumaire an II (art. 1er), et 17 nivôse an II (art. 12); la jurisprudence ne considère qu'elle

---

La Règle morale dans les obligations civiles, 3e éd., Paris, 1935; JOSSERAND : *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit Privé,* 1928; du même, *Cours de Droit Civil Positif Français,* 3e éd., Paris, 1939, tome II, nos 126 et suiv.; DEMOGUE : *Traité des Obligations en général,* tome II, ch. XIV, p. 526 à 838 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.,* nos 225 et suiv.; BEUDANT : *Cours de Droit Civil Français,* 2e éd., tome VIII, 1936, *Les Contrats et les Obligations,* par G. LAGARDE, nos 192 et suiv.; BONNECASE : *Supplément au traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie et ses collaborateurs,* tome II, Sirey, 1925, nos 542 et suiv.; LOUIS-LUCAS : *Volonté et Cause* (Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire), Dijon, 1918, p. 122-155; V. également un certain nomgre d'articles dans *Etudes de Droit Civil à la mémoire de Henri Capitant,* notamment A. SIMONIUS : *Quelques remarques sur la cause des obligations en droit suisse,* p. 753-769; VAN BRAKEL : *Domat ou Pothier,* p. 865-875.

(36) Il n'en reste pas moins que certains aspects de la théorie de la cause ont été jusqu'ici négligés, c'est ainsi qu'on a peu étudié son « application aux conventions qui se trouvent dans un contrat de mariage ».

(37) PLANIOL, RIPERT et TRASBOT : *Traité Pratique de droit civil français,* tome V, « Donations et Testaments », no 275; DEMOGUE, *op. cit.,* p. 646 et suiv.

porte atteinte à l'Ordre Public, qu'à raison des mobiles des parties : l'arrêt « Helf c/ Zimmermann en offre un exemple saisissant. Le sieur Zimmermann, avait fait un legs à sa fiancée la dame Helf, en spécifiant qu'en cas de remariage le legs serait nul et non avenu; la dame Helf, fit appel d'un jugement du tribunal de Strasbourg, qui lui refusait toute action en délivrance contre les héritiers, la Cour décida que « si l'obligation de ne pas se remarier ou marier imposée par un testateur conjoint ou non, ne peut, par elle-même, aux termes de l'article 900 C. Civil, être considérée comme condition illicite réputée non écrite, il n'en appartient pas moins au juge saisi de la question de la validité de cette clause, d'en décider autrement s'il constate que des motifs immoraux ou injustifiés l'ont mise en œuvre et s'il prend soin de relever le caractère répréhensible du but poursuivi par l'auteur de ladite clause, étant observé que la preuve de ce caractère incombe au demandeur en nullité » ; or en l'occurence on ne pouvait légitimement soutenir que le fiancé Zimmermann, avait agi par sentiment « légitime de prévoyance », puisque la dame Helf, sa fiancée, était une divorcée; de plus il avait exhérédé tous ses parents proches, on ne pouvait soutenir non plus, par suite, qu'il désirait protéger sa famille : attendu donc, qu'il s'agit en l'espèce d'un acte purement arbitraire qu'explique seul un mobile suffisamment blâmable en lui-même pour donner ouverture à l'application de l'article 900 précité, et que ne défend aucun motif, tel par exemple que l'âge, la santé physique de l'appelante, le désir de la protéger contre l'éventualité d'un remariage imprudent. Attendu, en conséquence, qu'ad-

mettre la validité d'une semblable clause au litige actuel, serait faire échec à l'ordre social en permettant à l'auteur de cette clause de détourner arbitrairement du mariage la personne par lui gratifiée » (38). On peut rapprocher de cet arrêt, ceux qui prohibent les conditions visant à violer la liberté de conscience (39) ; c'est ainsi que le testament olographe, où se trouve la disposition suivante : « Je lègue au fils d'Auguste Emery, à ce moment au petit séminaire de Grenoble la somme de mille francs... uniquement pour lui aider dans sa vocation religieuse, et non pour autre cause sous peine de nullité,... cette somme ne pourra être touchée que sur la certitude d'obtenir le résultat désiré et ne portera pas intérêt », pourrait voir sa validité contestée, du moins en ce qui concerne cette clause : il y a là en effet une violation flagrante de la liberté de conscience (40), contrevenant directement à l'ordre social. Ce qui est condamnable dans un cas, comme dans l'autre, c'est l'esprit dans lequel ces conventions ont été rédigées : en soi le résultat auquel elles ten-

---

(38) « Dame Helf c/ Zimmermann », Colmar, 5 janvier 1932, Gaz. Pal., 1932.1.684 ; V. également Civ. 29 avril 1931, D. H. 1931-345 ; Examen doctrinal, Rev. crit. législ. et jurispr. A. Trasbot, p. 24 et suiv. ; Ripert, *op. cit.*, n° 24 ; Josserand : *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, n°s 137 et suiv.

(39) Demogue, *op. cit.*, p. 643.

(40) « Emery c/ Emery », Grenoble 11 août 1847, S. 1848. 2.714. En tant que portant atteinte à la ligerté de conscience V. également Rennes, 21 nov. 1909, Recueil, Rennes 1910, p. 29 ; Dijon 20 juin 1910, Gaz. Trib. 1910.2.298 ; Lyon 28 juin 1904, D. P. 1908.2.30.

daient n'avaient rien de subversible; ce sont ici encore les « mobiles » qui ont vicié la convention, parce qu'ils visaient à contrevenir à des principes d'Ordre Public. — Dans cette catégorie d'idée, on relève les libéralités entre concubins parmi les actes qui, valables en eux-mêmes, sont blâmables dans la mesure où les mobiles qui les inspirent sont contraires à l'Ordre Public. Dans l'Ancien Droit, elles étaient très généralement interdites (Code Michaud de 1629, art. 132) ; on proclamait alors que « don de concubin à concubin ne vaut » ; le Code Civil est muet sur ce point; il n'y a donc plus là d'incapacité spéciale; la jurisprudence l'a admis à plusieurs reprises (41). — Mais interviennent ici la considération des « mobiles » : si celui qui fait la libéralité, entend répondre à un devoir de conscience, en réparant le préjudice causé à son comparse, le préjudice moral que le concubinage a pu lui causer, les motifs qui le poussent à agir de cette manière sont louables; il n'y a pas là d'idées qui puissent choquer en quoi que ce soit l'Ordre Public : le juge ne prononcera pas alors la nullité de l'acte juridique (42). — Par contre, si la libéralité tend à établir, reprendre, continuer ou rémunérer les rapports illégitimes, le mobile qui l'inspire la vicie irrémédiablement; l'acte est alors annulé comme étant contraire à l'Ordre Pu-

(41) Civ. 11 mars 1918. D. P. 1918.1.100; Req. 8 juin 1926, D. P. 1927.1.113, note Savatier; Colmar, 18 octobre 1929, D. P. 1931.2.94.

(42) Paris, 23 juillet 1914. D. P. 1918.2.51; Civ. 20 juillet 1936. Gaz. Pal. 1936.2.789; Req. 12 janvier 1937. D. H. 1937. 145.

blic (43). Comme le note le doyen Josserand, « la distinction ainsi établie très justement par la jurisprudence, tirée des mobiles du disposant aboutit pratiquement à incriminer le plus souvent les donations entre concubins, mais à valider assez constamment les legs, lesquels ne s'exécutent qu'après le décès du testateur et ne sont donc guère suspects » (44). — C'est également en scrutant les motifs auxquels ont obéi leurs auteurs que les tribunaux apprécient la validité des libéralités faites à des enfants adultérins et incestueux ; elles sont nulles si elles ont été réalisées, à la suite de « l'opinion » que le disposant avait du lien qui l'unissait au bénéficiaire (45). A cette jurisprudence, il con-

---

(43) Rennes, 7 mars 1904, D. P. 1905.2.305, note Planiol ; S. 1907.2.241, note Hémard ; Paris, 5 mai 1925. D. H. 1925. 474 ; Civ. 11 avril 1932, D. P., 1932.1.169, note Savatier.

(44) Josserand : *Cours de droit civil positif français,* 3e éd., Sirey, Paris, 1940, tome III, n° 1422, p. 851 ; V. également : Planiol, Ripert et Trasbot, *op. cit.,* n° 266 ; consulter les arrêts : Civ. 18 nov. 1913. D. P. 1917.1.161 ; Req. 4 mars 1914. D. P. 1916.1.127 ; Civ. 11 mars 1918. S. 1918.1.170 ; Req. 17 avril 1923, D. P. 1923.1.172 ; Req. 8 juillet 1925. S. 1927.1.294 ; Civ. 21 juin 1926. S. 1926.1.294.

(45) Seulement une particularité doit être notée ici : la preuve du mobile qui a incité le disposant à accomplir la libéralité doit ressortir de l'acte lui-même ; c'est le système dit de la « preuve intrinsèque » ; les tribunaux ne se reconnaissent pas le pouvoir de rechercher les « ressorts » de la volonté du donateur ou du testateur, en dehors des énonciations de l'acte lui-même (V. note Ambroise Colin au D. P. 1907.1.137 ; et sur cette jurisprudence, Josserand : *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé,* nos 126 et suiv., 163 et suiv.) ; tout au plus admettrait-on la validité de cette libéralité dans la mesure où elle aurait, dans les termes de l'article 762 du Code, un caractère alimentaire (Dijon, 23 avril 1931, S. 1931.2.192).

vient d'ajouter des arrêts bien connus, statuant sur l'efficacité et la validité des conventions se rattachant de près ou de loin au fonctionnement des maisons de tolérance; l'état d'esprit du disposant entraîne la validité ou l'invalidité du contrat (46); le plus souvent si ce dernier n'a pas en vue « l'exploitation » de la maison de tolérance, il est valable; par contre il tomberait sous le coup de l'art. 1131, s'il se rattachait de près à l'entreprise elle-même; des remarques analogues pourraient être faites des actes juridiques concernant les maisons de jeu (47).

En définitive, très fréquemment et dans les domaines les plus divers les décisions judicaires ont recours à la notion d'Ordre Public, pour annuler des conventions, à raison des « mobiles » qui sont à leur origine : les magistrats ne reculent pas devant cette recherche d'ordre strictement psychologique. En tous cas il importe de noter qu'à un point de vue « objectif », la grande majorité de ces actes seraient valables : ce n'est donc qu'en se plaçant à un point de vue « subjectif » qu'on peut les atteindre, et c'est ce que la jurisprudence n'hésite pas à faire de plus en plus souvent.

---

(46) Bordeaux, 6 février 1885, S. 1886.2.16; Poitiers, 8 février 1922. D. P. 1922.2.23, onte Savatier; Toulouse, 11 janvier 1926, S. 1926.2.21; Toulouse, 18 mars 1927. Gaz. Pal 1927.1.756; Trib. Civ. Seine, 16 juin 1928, D. P. 1928.2.187, note Geo Minvielle.

(47) Crim., 22 janvier 1927. Gaz. Pal. 1927.1.316; Crim. 18 avril 1929, D. H. 1929-285; Crim. 19 juillet 1929, D. H. 1929.492.

III. — *La notion d'Ordre Public intervient, à raison des* moyens techniques *condamnables, auxquels les contractants ont eu recours.*

Il arrive souvent que le contrat passé entre deux ou plusieurs personnes, n'est critiquable ni « objectivement », ni « subjectivement », le résultat qu'il vise ne trouble en rien l'ordre social, les motifs qui l'ont inspiré n'ont rien de blâmable; et pourtant on voit les tribunaux faire ici encore appel à l'Ordre Public; le rapprochement de leurs décisions montre qu'ils entendent frapper un *procédé,* un « moyen technique » dont ils ne croient pas pouvoir admettre la validité ; c'est un point qui n'a peut-être pas toujours suffisamment été mis en lumière, et dont quelques exemples vont permettre d'apprécier le bien-fondé.

Le 31 mai 1902, fut passée une convention entre le docteur W..., qui s'était fait une clientèle lui rapportant en moyenne 45.000 francs par an, et un confrère B... pour « exercer ensemble et conjointement leur profession pendant une durée illimitée », étant entendu que la totalité des honoraires recouvrés par l'un ou par l'autre serait partagée par moitié entre eux ; cette coopération fut acceptée par B..., moyennant le versement à W... d'une somme de 40.000 francs, dont 20.000 francs à payer le jour de son entrée en fonction, le solde devant être retenu sur sa part dans les recettes et suivant les modalités déterminées ; « considérant, déclare la Cour de Paris, que W... ne s'est nullement engagé à présenter B... à sa clientèle ;

qu'il est stipulé que les malades à visiter chaque jour seront répartis par moitié entre eux, sans « aucune distinction de qualité de client », qu'on ne peut trouver dans cette clause, ainsi que le soutient B..., une obligation de présentation; qu'elle établit au contraire nettement que les parties ont réglé leur collaboration sans se préoccuper de savoir si un semblable partage pouvait être agréé par la clientèle; considérant que le contrat litigieux a eu pour objet la constitution entre les parties d'une association pour la mise en commun de la clientèle du docteur W..., considérant que la clientèle d'un médecin repose uniquement sur la confiance des malades; qu'elle est hors-du-commerce et ne peut faire l'objet d'une cession ou d'un contrat; que la nullité des conventions intervenues au mépris de ce principe est absolue » (49). Evidemment on pourrait très légitimement soutenir que les tribunaux essayent d'empêcher la réalisation d'un résultat déterminé, si bien que cet exemple rentrerait dans notre premier paragraphe; mais il est plus juste, semble-t-il, d'y voir un blâme à l'adresse d'un « procédé », plutôt qu'à l'encontre d'un résultat, d'un état de choses. C'est ce

---

(48) Paris, 15 mai 1922. S. 1926.2.57, note E. H. Perreau. — Il ne faut pas d'ailleurs se méprendre sur le compte du qualificatif « hors-du-commerce », que la jurisprudence emploie souvent. On a même fait très justement remarquer, qu'elle en use un peu trop souvent, à tel point qu'en fin de compte parler de « chose hors-du-commerce », revient à envisager une « convention illicite » (PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.*, p. 301; Maxime et Paul CHAUVEAU : *Traité théorique et pratique des ventes commerciales,* collection des « Juris-Classeurs », 1938, tome 1er, n° 117).

qui ressort encore nettement de la jurisprudence relative à la cession d'une clientèle médicale; on sait que le juge interdit ce procédé de transmission : on ne vend pas sa clientèle, car celle-ci est en grande partie basée sur la confiance que les malades ont dans la science d'un individu bien déterminé, et que de plus un tel accord pourrait entraîner un certain nombre de dangers pour la clientèle, ne serait-ce que le désir que ne manquerait pas de manifester le médecin acheteur, de faire « rendre », — si l'on peut s'exprimer ainsi — la clientèle. Mais, en revanche, si la cession est prohibée, d'autres procédés sont possibles et licites; le médecin qui désire se retirer peut s'engager à ne plus exercer dans un certain rayon à perpétuité, ou à ne plus exercer nulle part pendant quelques années, de plus il peut s'engager à présenter son successeur à ses clients, et même à lui céder le bail de ses locaux professionnels ou de sa maison d'habitation; la combinaison serait encore valable. « On arrive au but en sériant les difficultés, en opérant « en détail » et non plus « en gros » (49). C'est donc bien à un « procédé » que l'on s'attaque : ni les mobiles, ni la fin visée, n'étant illicites. — On trouve un autre exemple, dans les hypothèses touchant à ce que l'on est convenu d'appeler le « trafic d'influence » ; il est contraire à l'ordre public de remettre de l'argent pour obtenir une mesure de la part de l'Administration publique ; c'est ainsi qu'on ne peut stipuler d'une autre personne, une

---

(49) JOSSERAND : *Cours de Droit Civil Pssitif français,* 3e éd., tome II, 1939, n° 122, p. 71, et les espèces citées, notamment Paris 16 nov. 1927. D. H. 1928.91.

rémunération en argent pour lui faire obtenir la remise ou la commutation d'une peine; cette « convention est fondée sur une cause illicite et contraire à l'Ordre Public en ce qu'elle est nulle et de nul effet ; que l'intérêt social et l'Ordre Public réprouvent et prescrivent tout courtage attaché directement ou indirectement à des démarches de cette nature, comme ayant pour effet d'entraver l'indépendance de l'Etat, de gêner son pouvoir ou même d'avilir à son insu, l'usage qu'il en fait » (50). Il est possible, en suivant certaines règles, d'obtenir une remise de peine, mais on ne peut pas y parvenir moyennant finances, l'Etat a une mission trop haute pour pouvoir monnayer les faveurs qu'il veut bien octroyer : ici aussi seul le « procédé » mis en œuvre heurterait donc l'Ordre Public. — Ne pourrait-on pas trouver une idée analogue à la base de la jurisprudence relative aux conditions et charges confessionnelles, notamment dans les libéralités adressées aux personnes morales publiques (51) ? La loi du 9 décembre 1905 introduisit en France la laïcité « officielle » : l'existence des cultes était libre, mais aucun d'eux n'était salarié; la difficulté naquit de l'article 9 § 14 de la loi du 9 décembre 1905 (modifiée par la loi du 13 avril 1908), qui interdisait aux personnes morales publiques de remplir les charges confessionnelles

---

(50) Trib. Civ. Sedan, 23 mai 1900, D. P. 1901.2.203 ; Civ. 3 avril 1912. D. P. 1915.1.71.

(51) A. Trasbot : *Conditions et charges confessionnelles dans les libéralités aux personnes morales publiques,* dans *Etudes de Droit civil à la mémoire de Henri Capitant,* p. 839-856.

afférentes aux libéralités qui leur avaient été faites. Qu'allaient devenir les libéralités avec charges confessionnelles ou cultuelles, intervenues avant ces lois, ou même depuis ? Leur appliquer la jurisprudence créée sur la base de l'article 900 du Code Civil risquait de détourner les disposants : les ressources des collectivités publiques en auraient été diminuées ; aussi fallut-il trouver un moyen ou plus exactement un ensemble de moyens permettant le maintien de la libéralité, sans pour cela heurter de front le principe de la laïcité. Aussi des arrêts récents des juridictions civiles et administratives ont-elles réalisé des aménagements en ce sens (52). S'agissant de charges « cultuelles », mettant en jeu en quelque sorte les rites mêmes, il est évident que la personne morale publique ne peut les exécuter directement; le cas le plus fréquent est celui des fondations de messes. Le Conseil d'Etat, la Cour de Cassation et les Cours d'appel, admettent qu'elle puisse valablement faire exécuter la charge par un tiers compétent en la matière; ce qu'elle ne peut faire directement, elle peut le faire indirectement. En ce qui concerne, d'un autre côté, les conditions de caractère simplement confessionnel, ne visant pas à l'exercice du culte, il semble même que la collectivité publique puisse parfois les faire exécuter directement. — En tous cas l'on constate que ces conditions ne sont plus considérées comme étant « objectivement illicites » (53); seul le procédé employé peut les vicier, en ce qu'il peut porter

(52) Trasbot, *op. cit.*, p. 843, note 1.

(53) Trasbot, *op. cit.*, p. 843 ; V. également p. 856 *in fine*.

atteinte à l'Ordre Social. Ici encore la notion d'Ordre Public intervient pour prohiber un « procédé technique » beaucoup plus qu'un résultat déterminé.

Dans tous les cas où elle est apparue, la notion d'Ordre Public tend à assurer un rôle de « limitation », de « sauvegarde ». Tantôt elle vise à interdire l'obtention d'un *résultat*, qui, objectivement envisagé, est dangereux pour l'Ordre Public; plus souvent encore on y a recours pour frapper une convention dont les *motifs impulsifs et déterminants* sont blâmables ; parfois enfin, c'est un *procédé technique* déterminé, dont le juge ne veut pas voir l'emploi. Mais toujours, dans toutes ces hypothèses, la notion d'Ordre Public assure la protection et la sauvegarde soit d'une certaine « organisation », soit d'un certain « état d'esprit », soit enfin de « moyens de réalisation » déterminés.

§ 2°. — *L'Ordre Public est les Actes juridiques unilatéraux.*

La question des actes juridiques unilatéraux a soulevé au cours de ces dernières années de multiples et brillantes controverses. La discussion s'est élevée surtout, autour de la validité de l'engagement unilatéral de volonté, acte juridique unilatéral créateur d'obligations; l'origine doit, avant tout, en être recherchée dans le courant d'idées que remua au début du siècle, la promulgation du Code Civil allemand, dont la connaissance fut facilitée à la science française, par les ou-

vrages de Saleilles (54). A côté des conventions, qui nécessitent l'intervention de deux ou plusieurs personnes, les « actes unilatéraux sont l'œuvre d'une seule personne »; la volonté de cette personne suffit alors pour produire un effet juridique (55). Il est commode, pour présenter plus facilement les applications de la notion d'Ordre Public, d'avoir recours à un classement. On peut, semble-t-il, distinguer deux catégories d'actes juridiques unilatéraux : d'une part ceux qui ont pour but de réaliser un *effet juridique positif*, de créer en quelque sorte un lien de droit, et d'autre part *ceux qui ont pour résultat d'y mettre fin.*

---

(54) SALEILLES : *Introduction à l'étude du Coode Civil allemand,* 1904 ; du même : *De la déclaration de volonté,* 1901 ; V. aussi LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *La Contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté,* dans *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*; GÉNY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* 2e éd., 1919, tome II, n° 172 bis; BEUDANT : *Cours de droit civil français,* 2e éd., tome VIII, par Gaston LAGARDE, p. 57-59; PLANIOL et RIPERT : *Traité Pratique de droit civil français,* tome VI, *Obligations,* par Paul ESMEIN, nos 8 à 11, p. 9 à 14; DEMOGUE : *Traité des Obligations en général,* tome Ier, nos 18 à 21; CAPITANT : *De la cause des Obligations* (contrats, engagements unilatéraux, legs), 2e éd., 1924, ch. V, p. 358-438; V. également la thèse de Jean CHABAS : *De la Déclaration de volonté en droit civil français, Paris,* 1931, notamment p. 103 et suiv.

(55) CAPITANT : *Introduction à l'étude du droit civil,* 5e éd., Paris, 1929, n° 233, p. 279. V. aussi JOSSERAND : *Cours de droit civil positif français,* 3e éd., 1939, tome II, nos 395 et suiv., p. 220 et suiv.

(56) CAPITANT, *op. cit.*, n° 233.

A. — *Actes juridiques unilatéraux à résultat positif.*

Il existe plusieurs sortes d'actes juridiques unilatéraux ayant un résultat positif (57).

N° 1er. — C'est tout d'abord le testament « acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens » (58).

Il s'agit bien d'un acte unilatéral; personne ne lui conteste ce caractère (59). Il est inutile de lui consacrer de longs développements; les conditions dans lesquelles la notion d'Ordre Public s'y applique étant semblables à celles dont il a été parlé à propos des donations, contrats à titre gratuit (60).

N° 2°. — Il faut également mentionner les actes unilatéraux créateurs d'obligations : c'est, à propos de cette catégorie d'actes, que la doctrine a engagé de vives controverses. Le Code Civil n'en parle pas; faut-il donc en admettre la validité ? Il semble bien que la réponse à cette question doit être positive, tout au moins dans la mesure où la sécurité des relations juridiques l'exige : presque tous les auteurs admettent ce point de vue (61) : « l'engagement unilatéral de vo-

---

(57) CHABAS, *op. cit.*, p. 18 et suiv.

(58) **Art.** 895, C. Civil.

(59) DEMOGUE, *op. cit.*, n° 18; CAPITANT, *op. cit., loc. cit.*

(60) PLANIOL, RIPERT et TRASBOT, *op. cit.*, nos 266 et suiv.

(61) Voir en ce sens la majorité des auteurs cités à la note 1 ci-dessus, à l'exception de : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN,

lonté », l'acte à « formation unilatérale » (62), créateur d'un lien obligatoire, a désormais sa place — et une place importante (63), — en droit positif français. Le problème de l'Ordre Public va donc se poser, au même titre que dans le domaine contractuel. D'ailleurs, il y a près d'un siècle et demi Portalis ne le prévoyait-il pas lorsqu'il déclarait : « ...Ce que nous disons des conventions contraires au droit public s'applique à celles contraires aux bonnes mœurs. Un orateur objecte que notre article (l'art. 8 du titre préliminaire du projet de l'an VIII) paraît se réduire aux conventions... Nous répondrons que ce que la volonté de deux ne peut pas faire, la volonté d'un seul le peut bien moins encore; et que si les conventions sont nulles, il faut, par majorité de raison annuler les autres actes » (64).

On peut à titre d'exemple citer la promesse de payer une dette de jeu ou de pari : on sait que le jeu et le pari sont des opérations licites, en ce qu'elles ne tombent pas sous le coup de la loi pénale; mais la jurisprudence les envisage avec une sévérité particulière,

---

loc. cit., op. cit.; Chabas, *op. cit.*, p. 146-147. — Il n'en reste pas moins que chacune des catégories d'actes unilatéraux créateurs d'obligations, auxquelles il est fait allusion ici (promesse de récompense, contre-lettre, obligation du promettant dans la stipulation pour autrui... etc...) a donné lieu à des discussions, a soulevé les critiques de certains auteurs : aussi n'était-il pas possible d'en aborder ici l'étude sans mentionner ce fait.

(62) Josserand, *op. cit., loc. cit.*

(63) Demogue, *op. cit., loc. cit.*

(64) Fenet : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, tome VI, p. 270-271.

suivant d'ailleurs sur ce point l'article 1965 du Code Civil qui refuse toute action pour le paiement d'une dette de jeu ou d'un pari; le « jeu et le pari, déclare le doyen Josserand, sont immoraux et démoralisants ; ils sont l'occasion de ruines, de désespoirs, d'enrichissements subits et injustifiés, en un mot de scandales; de telles opérations, si elles ne sont pas délictueuses, ne sauraient du moins bénéficier de la protection légale; au nom de la morale, et de la loi, le perdant peut donc refuser de tenir sa parole, solution qui peut être considérée comme une application de l'adage « nemo auditur propriam turpitudinem allegans », mais qui, à tout prendre, n'est pas spécialement édifiante » (65).

De là, la jurisprudence tire la conséquence suivante : à savoir que les billets souscrits en reconnaissance d'une dette de jeu n'éteignent pas l'exception de jeu, laquelle continue d'appartenir au perdant. Il y a là une règle d'Ordre Public, qu'un engagement unilatéral de volonté ne doit pas permettre de pouvoir tourner (66).

Il en est de même des « contre-lettres », par lesquelles les cessionnaires d'un office ministériel s'engagent à payer aux cédants un supplément au prix fixé par la Chancellerie (67). Ce sont là des actes très fré-

---

(67) Capitant, *op. cit.*, n° 163, p. 366.

(65) Josserand, *op. cit.*, n° 1383, p. 851.

(66) Civ. 12 avril 1854, D. P. 1854.1.180; Civ. 4 déc. 1854, D. P. 1854.1.413; Civ. 27 avril 1870, D. P. 1870.1.258; V. également, Josserand, *op. cit.*, n° 1386; Capitant, *op. cit.*, n° 163, p. 365; l'exception de jeu doit être suppléée au besoin par le juge, Civ. 15 novembre 1864, D. P. 1865.1.224.

quents, mais dont la jurisprudence ne condamne pas moins le principe chaque fois qu'elle en connaît, les décisions judiciaires annulant les contre-lettres, comme portant atteinte à l'Ordre Public (68). — La solution serait la même, à notre estime, pour l'obligation du promettant envers le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui; si elle allait à l'encontre de l'ordre public, on ne pourrait en reconnaître la validité. D'ailleurs il n'y a là rien de spécial; la promesse de récompense, donnerait lieu, exactement à une application semblable de cette notion (69). Il importe de signaler encore la question des « effets de complaisance » (70). On entend par effet de complaisance une traite émise par un individu sur un comparse, qui joue le rôle de tiré, et auquel il n'est lié par aucun rapport juridique ; le tireur ayant besoin d'argent, s'entend avec un tiré qui par « complaisance » accepte l'effet pour permettre au tireur de le faire escompter; mais en réalité le tiré n'est pas débiteur du tireur, la « provision » fait défaut. Il arrive souvent qu'une telle opération n'ait rien d'illicite; le tireur et le tiré sont alors deux honnêtes commerçants qui désirent s'épauler réciproquement au

---

(68) L. 27 février 1912, art. 6 ; Civ. 13 juillet 1885, D. P. 1886.1.263; Req. 18 mars 1895, D. P. 1895.1.346.

(69) CAPITANT, *op. cit.*, p. 80, note 1 ; V. également en ce qui concerne la nullité de l'engagement d'une caution envers le créancier, comme contraire à l'ordre social et aux bonnes mœurs : Nancy, 12 nov. 1904, D. P. 1905.2.160 ; Paris, 10 janvier 1905, D. P. 1905.2.158.

(70) CAPITANT, *op. cit.*, n° 162, p. 361-365.

milieu des difficultés de la crise économique; mais par contre fréquemment le tiré n'intervient qu'à titre purement gracieux, bien décidé à ne pas payer à l'échéance, ou à ne payer que grâce è l'argent qu'il pourra lui-même obtenir, en faisant escompter une traite, qu'à son tour il aura tirée contre son tireur originaire; l'opération peut durer un certain temps, les effets peuvent ainsi « se croiser », « chevaucher » les uns sur les autres, le résultat sera de procurer un crédit « fictif » à un individu; la cause de l'engagement du tiré, en n'envisageant le problème que sous l'angle purement civil, est illicite, elle va directement à l'encontre de l'Ordre Public; les effets de complaisance, ceux qui constituent de « mauvais » effets, sont nuls (71).

Généralisant quelques cas d'application de la notion d'Ordre Public on aboutit à dire que tout engagement unilatéral de volonté doit répondre à ses exigences et est soumis à toutes les règles concernant la validité des conventions, à l'exception de celles qui se refèrent à la dualité, à l'échange des consentements (72). L'Ordre Public, auquel l'accord de deux ou plusieurs individus

---

(71) Les notes de M. Lescot; S. 1928.1.361; S. 1929.1.57; la Cour de Cassation a même parfois assimilé l'émission de traiter de complaisances, aux « manœuvres » constitutives de l'escroquerie; Crim. 6 février et 5 août 1932, D. P. 1933.1.46; V. également J. Hamel : *Comment défendre l'escompte contre la cavalerie ?* Chronique, D. H., 1933, p. 88.

(72) C'est la conclusion à laquelle aboutissent les auteurs cités à la note 1 ci-dessus; V. également Duguit : *Les transformations générales du droit privé, depuis le Code Napoléon*, 1912, p. 115-121, et à ce sujet Gény : *Science et Technique en droit privé positif*, tome II, n° 126, p. 231-233.

ne permettait pas de déroger, exige a fortiori qu'il en soit de même lorsqu'on ne se trouve plus qu'en présence de l'œuvre d'une volonté unique. Ce résultat est d'autant plus normal que la manifestation unilatérale de volonté voit son champ d'application limité par les besoins auxquels elle doit satisfaire; ce sont les « nécessités sociales » (73) qui en justifient la reconnaissance, le besoin de « sécurité », dira Demogue (74). Il serait inconcevable, étant donné le fondement reconnu à la volonté individuelle, productrice d'obligations, d'autoriser par son entreprise des violations flagrantes de l'ordre public et des bonnes mœurs. Et c'est bien à cette idée, que s'est arrêté le projet Franco-Italien de Code des obligations et des contrats, lorsque, dans son art. 60, il admet la validité de la promesse unilatérale, sous réserve d'un certain nombre de conditions : qu'elle soit faite par écrit, pour un temps déterminé, qu'elle émane d'un pollicitant capable, et soit connue du destinataire, enfin qu'elle ait un « objet et une cause licites ». De cette manière, seront apaisées les craintes manifestées par certains auteurs (75) ; et l'on n'aura pas besoin d'avoir recours, comme le fait M. Chabas, à l'idée d'obligation délictuelle, pour expliquer le maintien de la déclaration de volonté (76).

---

(73) Tarde : *Les transformations du droit,* 2e édition, p. 120.

(74) Demogue, *op. cit.*, p. 56.

(75) Beudant : *Cours de droit civil français,* 2e éd., publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *tome* VIII, *Les contrats et les obligations,* avec la collaboration de Gaston Lagarde, p. 58.

(76) Chabas, *op. cit.*, p. 170 et suiv.

B. — *Actes juridiques unilatéraux à résultat négatif.*

A côté des actes juridiques unilatéraux à résultat positif, il en existe d'autres qui ont pour but de mettre fin à un rapport juridique : ce sont plus spécialement les *renonciations*. Elles rentrent incontestablement dans cette catégorie. Toutefois il est nécessaire, de s'entendre sur quelques idées de base. La renonciation envisagée ici est « l'acte de volonté unilatérale, abdicatif d'un droit » (77). Elle se distingue des conventions par sa « forme », et des aliénations, des actes translatifs par ses « effets » (78). C'est ainsi que la remise de dette, constituant une convention, et la renonciation « in favorem » un acte translatif, ne rentrent pas sous cette dénomination (79). Quel sera donc le rôle réservé, en cette matière, à la notion d'Ordre Public ?

Tout d'abord et d'une façon générale, l'état des personnes est au-dessus des volontés privées. Il ne peut pas faire l'objet de conventions, il ne pourra pas, a fortiori, être mis de côté par une volonté individuelle : « cet état, écrit M. Savatier, ne peut être méconnu,

---

(77) Pierre RAYNAUD : *La Renonciation à un droit; sa nature et son domaine en Droit civil,* Revue trimestrielle. Dr. Civil, 1936, p. 763-809; notamment, p. 791.

(78) RAYNAUD, *op. cit., loc. cit.*

(79) Si la renonciation ne peut se présenter sous les aspects d'une aliénation, du moins doit-on admettre qu'elle constitue un « acte de disposition » ; sur cette distinction V. A. TRASBOT : *L'Acte d'Administration en droit privé français,* thèse, Bordeaux, 1921, notamment 2e partie, p. 121 et suiv.

par la volonté de la personne humaine. Il se peut que cette volonté arrive à le modifier par l'application des règles juridiques, ainsi dans l'adoption ou la légitimation, mais sans jamais se permettre une « méconnaissance » de l'état. Toute « convention, transaction, renonciation », contraire à l'état légalement imposé serait radicalement nulle » (80).

A titre d'exemple, citons l'hypothèse de la renonciation aux droits qui découlent de la situation de chef de famille. La « puissance paternelle » est d'ordre public ; on y voit, à juste titre, une des bases fondamentales de la famille; elle est donc liée intimement à l'état des personnes; elle ne peut pas, par suite, faire l'objet d'une « abdication » de la part du père (81) ; elle est intangible « hors-du-commerce » diront certains. On n'a pas manqué de souligner l'évolution qui s'était produite à ce sujet; à l'origine, a-t-on rappelé, le père exerçait sur ses enfants un « pouvoir » quasi-absolu, allant même jusqu'à la faculté de leur infliger la mort : le père était propriétaire de ses enfants, au même titre que de ses terres et de ses esclaves. Sous l'Ancien Droit une telle conception se maintint partiellement dans les pays de droit écrit, tandis que ceux de coutume ne connaissaient que la simple « autorité paternelle » ; les rédacteurs du Code Civil tentèrent

---

(80) PLANIOL, RIPERT et SAVATIER : *Traité pratique de droit civil Français,* tome I, « Les Personnes », n° 16, p. 13.

(81) Paris, 29 avril 1913, S. 1914.2.40 ; Bordeaux, 26 juillet 1913, S. 1914.2.79; DEMOGUE, *op. cit.*, p. 641; JOSSERAND : *Cours de droit civil positif français,* 3e éd., tome 1er, 1938, n° 1080; RAYNAUD, *op. cit.*, p. 802-809.

d'effectuer une transaction entre les règles du droit romain et celles du droit coutumier (82). Au cours du XIX[e] siècle, un certain nombre de lois vinrent encore affaiblir le pouvoir du père. Mais surtout il importe de mentionner la jurisprudence, à laquelle d'ailleurs se rattache la prohibition des renonciations ; comme l'écrit fort justement le doyen Josserand : « la jurisprudence lui fait un devoir d'user de ses pouvoirs conformément au but en vue duquel ils lui ont été conférés; il doit rester dans la ligne, dans l'esprit de l'institution, sinon il n'use pas de ces prérogatives, il en « abuse »... toute cette institution de la puissance paternelle est profondément imprégnée du concept de « l'abus des droits » qui vient l'assouplir et la moraliser en la marquant au coin d'un altruisme salutaire. La longue évolution qui s'est accomplie au cours des siècles peut être caractérisée en peu de mots; la puissance paternelle, que les anciens Romains concevaient comme un « droit absolu à esprit égoïste », s'est transformée peu à peu en un « droit relatif à esprit altruiste », causé dans l'intérêt de l'enfant et, par derrière lui dans celui de la famille » (83). Si le père renonçait à son droit

---

(82) Josserand, *op. cit.*, n° 1077; V. également du même auteur : *De l'Esprit des Droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2[e] éd., Dalloz, Paris, 1939, n[os] 65 et suivants, p. 94 et suiv.

(83) Josserand : *Cours de droit civil positif français*, éd. cit., n° 1082. — Il importe toutefois de noter que la loi du 24 juillet 1889, prévoit la possibilité du transfert de la puissance paternelle à l'Assistance publique; ses articles 17 et 18 (titre II), autorisent exceptionnellement son transfert conventionnel.

de puissance paternelle, il en « abuserait », il violerait directement l'Ordre Public, l'intérêt de la famille, car, sans prendre parti sur la question de savoir s'il s'agit là d'un « droit-pouvoir », ou d'un « droit fonction », disons, retournant en quelque sorte la formule de M. Josserand, qu'il est « causé dans l'intérêt de la famille, et par derrière lui dans celui de l'enfant ». On appuie ainsi sur le fait que la famille (donc l'Ordre Public) est intéressée à l'exercice du droit de puissance paternelle. Il ne doit pas jouer dans l'intérêt du père exclusivement, ni dans celui de l'enfant — ce qui tendrait à émousser l'autorité du père de famille, — mais dans celui du groupe familial, dont parents et enfants sont membres, et par suite conformément aux exigences de l'Ordre Public, qui est intéressé, au premier chef, au maintien et même au renforcement de la cohésion de cette institution (84). A l'appui de cette idée citons l'article 1388 du Code Civil. Si, comme on vient de le dire, l'institution de la puissance paternelle intéresse l'Ordre Public, en ce qu'elle est un des fondements de la famille, on aurait pu croire que dans le contrat de mariage, « statut familial », il aurait pu y être

---

(84) M. Josserand, en reconnaissant dans le droit de puissance paternelle, un droit à « esprit altruiste », proclame ainsi qu'il doit s'exercer selon l'intérêt « d'autrui », ici de l'enfant. M. Ripert au contraire n'admet pas qu'il puisse y avoir de limitations sociales aux droits subjectifs ; ce sont des « pouvoirs absolus », presque d'origine divine ! (« Le Régime démocratique et le droit civil moderne », nos 122 et suiv., notamment p. 238). — En réalité tous deux font montre du plus bel esprit individualiste; pour eux le problème se pose sous forme de dilemme : ou le père, ou l'enfant... Nous répondons : la famille.

apporté quelques modifications : or justement il n'en est rien; l'article 1388 proclame que les « époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre « De la Puissance paternelle »... etc... ». Pour qu'il puisse en être autrement, il faudrait une disposition spéciale de la loi, qui viendrait en quelque sorte, accorder une « dispense », instituant une « excuse légale » au profit du détenteur de la puissance paternelle, qui y renoncerait dans certaines conditions (85).

On pourrait en dire autant des prérogatives composant les pouvoirs du « chef de famille » : ici encore on se trouve en présence de « droits-fonctions », suivant l'expression de M. Josserand, auquel il est impossible de renoncer sans porter atteinte à l'ordre public (86). Les idées que l'on pourrait souligner ici sont les mêmes que celles qui ont déjà été signalées; il est donc inutile d'y revenir.

Après l'examen des applications de la notion d'Ordre Public en matière d'actes juridiques, faisons quelques remarques.

Constatons, tout d'abord que, s'agissant des conventions comme des actes unilatéraux, la notion d'Ordre Public y apparaît comme jouant le rôle d'une « limite », d'une « barrière s'opposant à certaines

---

(85) Loi du 24 juillet 1889, titre II.

(86) Josserand : *De l'Esprit des Droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2e éd., 1939, nos 78 et suiv.

manifestations de la volonté individuelle : ici, comme lorsqu'il s'agissait du champ d'application des lois dans le temps ou dans l'espace, il faut « sauvegarder » certains principes : telle est la mission essentielle de l'Ordre Public.

Remarquons également le rôle particulièrement important du juge ; c'est lui qui, véritablement, est l'agent principal de la notion d'Ordre Public, c'est à lui que revient le soin de la mettre en œuvre, d'en discerner et d'en proclamer les diverses applications. Quels procédés emploiera-t-il à cet effet ? : « Nous supposons, ici, écrit M. Josserand, que la volonté juridique s'est employée en vue d'atteindre un objectif illicite, condamné par l'ordre public ou par les bonnes mœurs; son œuvre ne saurait alors être viable ; la convention (et nous avons vu que l'on pouvait en dire autant des actes unilatéraux) intervenue dans de telles conditions, sous de tels auspices, est atteinte d'un vice congénital par quoi elle est condamnée à une irrémédiable nullité. Aucun doute sur ce point : mais comment cette nullité indispensable se réalisera-t-elle? » (88). Et après avoir constaté que l'article 6 ne fournit pas au juge de moyen technique « secourable » (89). M. Josserand ajoute : « Le problème doit

---

(87) Raynaud, *op. cit., loc. cit.*

(88) Josserand : *De l'esprit des Droits,* 2e éd., n° 113, p. 155.

(89) Pour beaucoup d'auteurs, l'art. 6 du Code Civil qui décide qu'on ne « peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'Ordre Public et les bonnes

être abordé simultanément de divers côtés et par différents moyens; mais on peut affirmer que, dans l'état actuel de notre droit positif français, c'est la théorie de la cause qui fournit la contribution essentielle à son dénouement... La cause nous apparaît ainsi comme le procédé technique qui permettra d'assurer la réalisation du grand principe posé dans l'article 6 et, d'une façon plus générale, d'assurer le règne de l'Ordre

---

mœurs », ne vise que les « lois » d'Ordre Public; donc dès que l'Ordre Public se trouverait intéressé sans qu'il y ait de « disposition légale » précise, l'art. 6, ne serait plus d'aucun secours. (En ce sens : JOSSERAND, *op. cit., loc cit. ;* du même : *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit Privé,* 1928, n° 106; CAPITANT : *De la cause des obligations,* n° 107). Cette opinion, critiquée par M. BONNECASE (*La notion Juridique de bonnes mœurs — Sa portée en droit civil français,* dans *Etudes de droit civil à la mémoire de enri Capitant,* p. 95), est pourtant celle à laquelle se range la jurisprudence, puisqu'elle invoque à l'appui de ses décisions, le plus souvent les articles 1131 et 1133. D'ailleurs, il n'en reste pas moins que l'art. 6 est, « non point seulement matériellement, mais encore juridiquement au frontispice même du Code Civil », (BONNECASE, *op. cit., loc. cit.* —) ; la même idée qu'exprimait M. RIPERT lorsqu'il écrivait : « Comment n'a-t-on pas vu, au contraire, que ce texte général (l'art. 6), merveilleusement placé, pouvait donner à notre jurisprudence une liberté d'allures, une largeur de vues, une initiative d'action qui lui permettait une œuvre sociale admirable. Il est temps pour la jurisprudence de s'en servir. Elle préférerait peut-être des règles plus précises. Mais la complexité de la vie moderne défie la rapidité de l'œuvre législative. Nous avons besoin de plus d'une autorité pour réfréner l'expension indéfinie des forces individuelles. Pourquoi, volontairement nous priverions-nous d'une de ces forces ». (Revue critique, 1907, Examen Doctrinal de jurisprudence civile, p. 206).

Public et des bonnes mœurs dans le domaine des actes judiriques, notamment dans celui des contrats » (90).

Au terme de ces développements, il est possible d'affirmer l'existence d'une *notion* d'ordre public. — Les textes, la Doctrine et surtout la jurisprudence le proclament fréquemment. Sans cesse les juges y ont recours dans les circonstances les plus diverses. Impossible de la nier : c'est un fait devant lequel on doit *s'incliner*. On notera également, à la fin de cet examen du droit positif, du « droit effectivement en vigueur » (91), que la notion d'Ordre Public suppose l'intervention constante des tribunaux, afin d'assurer la limitation du champ d'application de la loi ou de la volonté privée, cette limitation tendant essentiellement à la sauvegarde d'un ensemble de principes.

---

(90) JOSSERAND : *De l'Esprit des Droits*, 2e éd., n° 114, p. 156 ; du même : *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit Privé*, 1928, nos 128 et suiv. ; CAPITANT : *De la cause des obligations*, *op. cit.*, éd. cit. ; V. également la volumineuse thèse de BOIS-JUZAN : *De la cause en Droit Français (spécialement en Droit Civil)*. Vu d'ensemble sur ses origines et ses destinées. Notions historiques et de Droit comparé — Doctrine — Jurisprudence), Bordeaux, 1939, spécialement p. 329 et suiv.

(91) René CAPITANT : *Introduction à l'étude de l'Illicite. L'Indicatif juridique*, Paris, 1928, p. 113 et suiv.

CHAPITRE DEUXIÈME

Le CONTENU de la Notion d'Ordre Public

S'il est vrai de dire que le but de la notion d'Ordre Public est de sauvegarder certains intérêts, encore faut-il savoir lesquels ? Quels motifs sont donc assez forts pour conduire le juge à restreindre fréquemment le domaine des lois dans le temps et dans l'espace, ou celui des volontés individuelles ? En un mot quel est le *contenu* de cette notion ? La réponse à cette question constitue le point central du problème, celui dont les développements présentés jusqu'à maintenant, n'ont eu pour raison d'être que de préparer la voie et la solution.

Evidemment nombreuses ont été les théories qu'au cours des siècles et plus spécialement au XIX[e] les auteurs ont échafaudé autour de la notion d'Ordre Public.

A ce point de vue on peut signaler une tendance qui se manifeste chez un grand nombre d'auteurs et dont le

rejet facilitera singulièrement la solution du problème. On peut la caractériser d'un mot, en disant qu'elle tend à *matérialiser* la notion d'Ordre Public. Pour ces auteurs, l'Ordre Public, en Droit Privé, est alors un *ordre matériel* « externe ».

Section première

Rejet des théories attribuant à la notion d'Ordre Public un contenu « MATÉRIEL »

I. — Faut-il attribuer à la notion d'Ordre Public un contenu d'origine nettement « matérielle », externe : l'Ordre Public consiste-t-il en un « ordre », un « arrangement », une « organisation », à l'intérieur de la société, et même en général de l'Etat ? L'Ordre Public traduirait alors, au fond, l'idée d'une police juridique et parfois d'une « police » tout court : c'est alors ce qu'on appelle souvent, « l'ordre dans la rue », l'ordre par opposition au « désordre » : l'ordre public est l'opposé du désordre et de l'anarchie. Cette théorie, dont on n'a jamais tenté la systématisation, apparaît clairement à la lecture de certains ouvrages.

Il y a là, une idée, qui n'est pas récente, puisqu'on la voit déjà exprimée par Merlin ; ayant énuméré les principales matières du droit privé intéressant l'ordre public, il conclut qu'en dehors des règles qui intéressent directement le fonctionnement de l'Etat et par

suite l'intérêt général de la société, il en est d'autres qui tiennent à l'ordre social, mais à un degré moindre, ce sont les dispositions de droit privé proprement dit, celles auxquelles il est interdit aux particuliers de déroger. A leur propos il constate : « Toutes ces questions tiennent à l'Ordre Public, mais comment y tiennent-elles ?... Elles y tiennent secondairement, parce que l'Ordre Public est intéressé à ce que tous les individus dont se composent le corps social y soient classés, non seulement chacun à leur rang politique, mais encore chacun à leur rang social » (1). L'Ordre Public, pour Merlin, doit donc s'entendre de l'organisation de la société, de la hiérarchie de ses divers membres, dont on ne doit pas admettre qu'un seul ne soit à la place qui lui est normalement assignée. Ce seront donc, comme le soulignera plus tard Demolombe, essentiellement les règles relatives à l'état et à la capacité des personnes qui rentreront sous cette qualification, parce que « toutes ces lois sur le mariage, sur la famille, sur l'état et la capacité des personnes intéressent au plus haut degré la constitution même de la société, et font, sous ce rapport, essentiellement partie du « droit public », de ce droit auquel les particuliers ne peuvent pas déroger » (2). Larombière ne s'exprime pas autrement, dans un passage sur lequel il n'est pas inutile d'insister brièvement : « Qu'est-ce que l'Ordre

---

(1) Merlin : *Répertoire Universel et Raisonné de jurisprudence*, 5e éd., Bruxelles, 1827, tome 18, v° « Loi », p. 443-444.

(2) Demolombe : *Cours de Code Civil*, Paris, 1845, tome 1er, n° 17, p. 16.

Public ? A prendre le mot « ordre » dans son sens littéral, il signifie arrangement, disposition, mise à sa place. L'Ordre Public est donc l'arrangement, la disposition, la mise à sa place de ce qui compose la société... En dehors de cet ordre public, il n'y a plus qu'anarchie et dissolution » (3). En résumé, pour ces auteurs — auxquels d'ailleurs, il faut joindre le célèbre juriste belge Laurent (4), qui adopte exactement leur manière de voir — l'Ordre Public est une notion simple, facile à saisir : le simple bon sens d'ailleurs, aidé de l'analyse grammaticale, révèle, n'est-il pas vrai, que le mot « ordre » est l'antonyme du désordre ! Or chacun conçoit ce qu'il faut entendre, lorsque l'on parle d'arrangement, de choses ordonnées ! « Ordre Public » veut donc dire : organisation de la société ; il représente l'idéal de tranquillité auquel on doit tendre, et les résultats que peuvent procurer une police bien faite ; on ne prononce pas, il est vrai, ce dernier terme, mais on le soupçonne entre les lignes : l'ordre public est la police de la société.

---

(3) LAROMBIÈRE : *Théorie et Pratique des obligations*, 1857, tome 1er, art. 1133, n° 13.

(4) LAURENT : *Principes de Droit Civil Français*, 2e éd., Bruxelles, 1876, tome 1er, n° 47, p. 83. — Il est curieux de constater la similitude du point de vue de Laurent avec celui de Larombière, ce dernier donnant d'ailleurs l'impression d'avoir copié la théorie qu'il développe dans une « dissertation » de Mauguin, publiée dans le « Recueil général des lois et des arrêts », tome IX, an 1809 : on y lit en effet : « L'expression « ordre public signifie donc, arrangement de la société, disposition des personnes, des corporations, des autorités publiques dans la société » (p. 345).

Cette tendance à « matérialiser » la notion d'Ordre Public se retrouve encore chez certains auteurs contemporains, rares il est vrai, mais dont l'autorité considérable vaut qu'on examine de près cette idée. Capitant, dans son « Introduction à l'étude du Droit civil », écrivait : « On peut définir l'ordre public, l'ordre dans l'Etat, c'est-à-dire l'arrangement des institutions, l'organisation des règles qui sont indispensables à l'exercice et au fonctionnement de l'Etat. Le mot ordre public indique, en effet, l'idée d'une disposition logique, d'une subordination qui donne à l'ensemble l'unité et la vie » ; (5) et il ajoutait au paragraphe suivant : « Par leur nature même, les lois civiles d'ordre public doivent être l'exception, puisque le Droit Civil est destiné à régler les rapports des individus entre eux, c'est-à-dire des intérêts purement privés ; ces lois ne touchent à l'ordre public que dans la mesure où elles limitent la liberté des individus, afin d'empêcher que cette liberté ne devienne une cause de trouble, un danger pour l'ordre et la sécurité générale » (6). L'idée est toujours la même : la notion « d'Ordre Public » a essentiellement un contenu matériel; « sécurité », « sû-

---

(5) CAPITANT : *Introduction à l'Etude du Droit Civil*, 5e éd., Paris, 1929, n° 27, p. 61.

(6) CAPITANT : *op. cit.*, n° 28, p. 61.

On notera que la Cour de Cassation de Belgique assigne à l'Ordre Public un contenu matériel, puisqu'elle lui assigne pour fin, la sauvegarde de l' « ordre », de la « sûreté » ; à ce sujet V. les développements de Henri DE PAGE : *Traité Elémentaire de Droit Civil Belge. Principes, Doctrine, Jurisprudence*, tome 1er, 1933, n° 91, texte et notes 2, 3, 4, p. 87.

reté », « absence de trouble », tels sont les synonymes. C'est sur cette conception que s'appuie M. Julliot de la Morandière, mais uniquement comme point de départ, car il ne s'en dissimule pas les dangers : « Il est facile cependant, en dehors de tout système, en prenant les mots « ordre public » dans leur sens courant, ordinaire, d'en dégager l'idée essentielle. Les hommes vivent groupés ; chacun de ces groupes est régi par des règles juridiques, dont le but est d'assurer l'ordre, la paix dans le groupe. Au stade actuel de notre civilisation les groupes organisés forment des Etats : la législation est avant tout nationale. La notion d'Ordre Public, telle que nous l'envisageons ici, est celle qui traduit la nécessité de l'ordre, de la paix, au sein de l'Etat » (7). Ainsi M. Julliot de La Morandière reprend, dans ce passage, les conclusions développées par Capitant (8).

En présence de ces opinions, qui toutes convergent vers une fin, faire jouer à la notion « d'Ordre Public », un rôle de police et de sécurité générale, on peut se demander s'il convient de les adopter entièrement ou

---

(7) Léon Julliot de La Morandière : *L'Ordre Public en Droit privé interne*, dans *Etudes de Droit Civil à la mémoire de Henri Capitant*, p. 382.

(8) V. également l'idée esquissée en ce sens — mais sans que l'auteur ait voulu attacher à cette conception, la solution du problème de l'Ordre Public en droit privé — dans, Charles Beudant : *Cours de Droit Civil Français*, 2e éd. Paris, 1934, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, tome 1er, « Introduction et explication du titre préliminaire du Code Civil », avec la collaboration de Mme Béquignon-Lagarde, n° 33, p. 39-42.

avec réserves, ou au contraire s'il ne faut pas mieux les rejeter purement et simplement. L'adoption de cette définition donnerait la solution du problème : l'Ordre Public, ce sera l'ordre extérieur, l'arrangement des institutions de manière qu'il n'y ait pas anarchie dans la société. Si au contraire la conception « matérielle » de la notion d'Ordre Public se heurte à d'invincibles obstacles, on devra alors résolument l'abandonner pour chercher une autre solution.

II. — C'est bien à cette dernière attitude qu'il convient de se ranger. L'Ordre Public en droit privé n'est pas l'absence de désordre, la sécurité sociale ; cette conception paraît critiquable à un double point de vue : elle est *fausse* et *inutile*.

A) *Fausseté* de la conception « matérielle » de la notion d'Ordre Public. On se rend compte aisément de la fausseté de la conception, qui attribue à la notion d'Ordre Public un contenu matériel, si l'on veut bien se rappeler quelques-unes des applications, signalées dans l'étude du Droit Positif ; la plupart du temps, on a recours à elle, en dehors de tout désordre, de toute atteinte à la sécurité extérieure ; le rappel de quelques exemples convaincra du bien fondé de cette proposition. Citons à cet égard l'arrêt de la Chambre civile du 14 mars 1939 (9), « Société Potasas Ibericas » ; on y voit la Cour de Cassation refuser à l'endossataire d'un connaissement, le droit de prendre livraison, en

(9) D. H. 1939.257.

France, d'une cargaison de plusieurs milliers de tonnes de potasse provenant des mines de cette Société, motif pris que ces stocks avaient été expropriés, sans indemnité, par le gouvernement de la généralité de Catalogne. Une telle dépossession ne peut être reconnue par les tribunaux français, en ce qu'elle viole notre Ordre Public. Devait-on reconnaître un sens « matériel » à la notion d'Ordre Public ? En quoi y avait-il trouble extérieur, désordre au sein de l'Etat ? En tous cas en France la livrasion au porteur du connaissement ne mettait nullement en péril notre sécurité, ni l'organisation de l'Etat. Tout au plus, pourrait-on arguer du désordre, du trouble provoqué en Catalogne. Mais il n'en était rien; c'était une décision du gouvernement régulier, qui avait entraîné l'expropriation sans indemnité : et en ce pays la livraison aurait dû normalement se faire, et se serait faite avec l'appui, au besoin, des agents de l'ordre et des tribunaux. En se rangeant à ce parti, la Chambre civile de notre Cour Suprême a entendu réprimer une atteinte à des « principes », à des « notions » admises en l'état actuel de notre civilisation, et nullement une violation de la sûreté générale. Autre exemple : les conventions portant sur la « personne » même d'un individu, sont frappées, par les tribunaux, de nullité absolue, comme portant atteinte à l'Ordre Public, tout au moins, lorsqu'elles ne présentent pas un intérêt immédiat pour celui dont le corps est en jeu; la chirurgie esthétique a donné lieu parfois à des décisions en ce sens (10). La conven-

---

(10) Paris, 12 mars 1931, S. 1931.2.129, note E. H. Perreau.

tion par laquelle un individu consent à ce qu'un praticien se livre sur son corps à telle ou telle opération, traitement ou amputation, est-elle valable ? Evidemment oui, si tel est son intérêt. La Société ayant, elle aussi, intérêt à ce que chacun de ses membres préserve sa personne physique. Mais, *par contre*, si le patient n'a pas un intérêt quelconque à l'opération, ne serait-ce même qu'un simple intérêt esthétique, la convention n'ayant plus qu'un but purement expérimental, porte une grave atteinte à l'Ordre Public. Le contrat par lequel je me livre volontairement à une mutilation est contraire à l'Ordre Public. Mais en quoi l'ordre extérieur est-il troublé ? Ce n'est pas en s'appuyant sur cette considération que le juge civil annulera la convention. Il le fera en invoquant nos « conceptions » morales, philosophiques, telles qu'elles apparaissent, après plusieurs siècles de christianisme : ici encore aucun désordre n'a été causé au sein de l'Etat ; évidemment le juge pénal pourra être saisi lui aussi (11), d'une poursuite pour coups et blessures volontaires : il prononcera une peine contre le praticien qui s'est livré à de tels agissements, en déniant toute valeur et tout rôle au consentement de la victime. Mais ici aussi ce

---

(11) Donnedieu de Vabres : *Traité élémentaire de Droit Criminel et de législation pénale comparée*, 1939, nos 411-420, p. 247-255 ; V. également l'intéressant article de J. Hémard : *Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures ;* Revue critique de législation et de Jurisprudence, année 1939, p. 293-319 ; consulter aussi Crim. 1er juillet 1937. S. 1938.1.193, note Tortat (affaire dite des « stérilisations de Bordeaux »).

n'est pas tant pour des raisons de police, que pour des motifs d'ordre moral, intellectuel, qu'il prononcera la peine.

On aperçoit, par ces exemples, que les juges font appel à la notion d'Ordre Public, dans un but autre que celui de réprimer l'anarchie, le désordre extérieur. Ils y ont recours pour « sauvegarder » certaines » notions, certaines « idées », dont la violation laisse l'ordre extérieur intact. A ce premier point de vue, il est donc possible de conclure que la tendance doctrinale, qui consiste à reconnaître un contenu « matériel » à la notion d'Ordre Public est fausse.

B) *Inutilité* de la conception matérielle de la notion d'Ordre Public. La conception matérielle de l'Ordre Public n'est pas seulement fausse, elle est également inutile. Si vraiment l'Ordre Public exprime l'absence de troubles extérieurs, le remède à l'anarchie, c'est une Droit a pour raison d'être la répression du désordre. a jamais eu aucune, car tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que l'ordre extérieur, la sécurité publique, sont de l'essence même du Droit.

On n'a que l'embarras du choix ; quelques extraits vont convaincre du bien fondé de cette affirmation ; le Droit a pour raison d'être, la répression du désordre. M. Bonnecase écrit en ce sens : « Le Droit se justifie, quant à son existence et du point de vue purement logique, par sa fonction même. Celle-ci est on ne peut plus aisée à définir : elle n'est pas autre que la réalisation de l'harmonie sociale. Certes, les manifestations concrètes de cette harmonie sont susceptibles de varier à l'infini ; elles se diversifient en raison directe de la

position prise sur ce que nous avons appelé les sources réelles du Droit. Mais ce qu'il importe de noter à cette place, c'est que la « vie sociale ne se conçoit pas sans le Droit; celui-ci est sa condition d'existence parce que la vie sociale postule l'ordre et que le Droit, par définition, représente l'Ordre,... un ensemble aussi complexe que le corps social ne peut ni exister, ni vivre sans l'aide d'un mécanisme régulateur qui assigne aux activités des individus et des groupes une sphère d'action déterminée, tout en conjuguant entre elles ce mêmes activités, qui, en un mot réalise l'idée d'ordre. Cet organisme est le Droit » (12). Cette idée se retrouve chez un auteur suisse, le professeur Du Pasquier, qui dans un ouvrage récent déclare : « Dès que plusieurs homme vivent en commun, il est nécessaire que les caprices de chacun rencontrent une barrière qui protège les intérêts primordiaux des autres. Il faut que l'arbitraire individuel se subordonne aux besoins essentiels de l'ensemble : sans quoi ce serait la lutte perpétuelle et, partant, une insécurité préjudiciable à tous. Les scènes de pillage qui se sont parfois produites après des tremblements de terre, alors que les prisons s'étaient ouvertes et que la police était décimée, illustrent tragiquement l'état d'une société sans frein. Et l'on peut penser aussi à certaines anarchies contemporaines. Aussi dans les communautés les plus primitives, voit-on les relations sociales s'ordonner sous le signe de certaines idées qui, stabilisées par la tendance naturelle

---

(12) Bonnecase : *Introduction à l'étude du Droit*, 2e éd., 1931, n° 6, p. 33, 34, 35.

à l'imitation et par le sens de la tradition, prennent bientôt l'aspect de règles de vie collective ; celles-ci déterminent, entre autres, les situations respectives des divers membres de la famille, certains droits de jouissance ou d'appropriation à l'égard de la terre ou du bétail, la succession des vivants aux biens des morts, les conséquences d'un acte illicite qui a porté préjudice à autrui. Contre la violation des règles les plus importantes s'organise une réaction : dans le cadre de la famille patriarcale, le père frappe d'une punition le coupable ; dans les rapports interfamiliaux, la vengeance privée est considérée comme la suite normale d'une offense grave. Dans un stade de civilisation plus avancé, c'est le chef ou un conseil de notables, un tribunal ou une assemblée populaire qui met en action la contrainte. Plus tard encore, c'est l'Etat qui en assure le fonctionnement tout en s'en réservant le monopole. Il n'est en effet pas de vie sociale sans un minimum de discipline ; cette nécessité implique des règles stables et une autorité qui en assure le respect. Bref, tout groupement humain tend naturellement vers une organisation qui concentre la force dans les mains d'un pouvoir et instaure ainsi une différenciation entre gouvernants et gouvernés. Ainsi s'établit le droit dès le berceau des civilisations. Ubi societas, ibi jus » (13).

Il est inutile d'insister davantage, et en se reportant à la majorité des études consacrées à la définition du

---

(13) Claude DU PASQUIER : *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Paris, Sirey, Neuchatel, Delachaux, Niestlé 1937, nos 6 et 7, p. 5-6.

Droit (14), on y trouvera toujours, à la base même de cette « discipline sociale », l'idée d'ordre, de sécurité publique. La fonction du Droit (15) est au premier chef d'assurer la stabilité, la paix sociale. Par suite avoir recours à un concept distinct pour expliquer un semblable résultat, constitue une inutilité. La notion d'Ordre Public, ramenée à celle de paix publique, est inutile ; elle n'a pas d'existence distincte de celle du Droit, dont elle ne constituerait que le résultat. La conception « matérielle » de la notion d'Ordre Public est donc aussi inutile que fausse.

III. — On en aurait terminé avec l'examen de la conception *matérielle* de l'Ordre Public, si l'on ne devait dire quelques mots d'une tendance voisine de la précédente. Certains auteurs confondant *Ordre Public* et *Droit Public*, assimilent le « contenu » de la notion d'Ordre Public à celui des règles et des institutions que l'on a coutume de ranger sous la dénomination de « Droit Public », ce dernier étant une « branche » du Droit en général.

---

(14) V. notamment : DU PASQUIER, *op. cit.*, nos 300 et suiv. ; CAPITANT : *Introduction à l'étude du droit civil*, 5e éd., nos 1 et suiv. ; LE FUR : *Essai d'une définition synthétique du droit*, Bull. soc. lég. comp., 1930, p. 291 ; E. H. PERREAU : *Comment définir le Droit*, Revue générale du Droit, de la législation et de la jurisprudence, 1918, p. 69-77.

(15) Sur la « fonction » du Droit ; BONNECASE : *Introduction à l'étude du Droit*, 2e éd., nos 155 et suiv., et surtout : *La notion de Droit en France, au dix-neuvième siècle*, 1919, nos 34 et suiv., p. 147 et suiv.

Les auteurs, au cours de l'Ancien Droit, n'avaient pas assigné une terminologie précise à la notion d'Ordre Public. Aussi employaient-ils fréquemment plusieurs termes dans des acceptions fort voisines (16). Il en était ainsi notamment des expressions droit public, intérêt public, ordre public. Dans le premier paragraphe de cette section, on a vu les juristes, voulant attribuer à l'Ordre Public un contenu matériel, souvent le définir, comme « l'organisation » de la société, de l'Etat. Plus près de nous, Capitant écrivait : « On peut définir l'Ordre Public, l'ordre dans l'Etat, c'est-à-dire l'arrangement des institutions, l'organisation des règles qui sont indispensables à l'exercice et au fonctionnement de l'Etat » (17). Une telle définition ne vise-t-elle pas aussi bien le droit public, que l'ordre public. Car on peut « grosso modo », dire que le droit public est la branche du droit qui comprend les règles et les institutions nécessaires au bon fonctionnement de l'Etat. Du moins ces auteurs, d'une manière générale, ne prévoyaient-ils ni même ne visaient la confusion complète et définitive des notions d'Ordre Public et de Droit Public. Il n'en est plus de même chez un auteur récent, M. Burckhardt, dont les efforts ne tendent rien moins qu'à restreindre le domaine du droit

---

(16) M. Tison : *Le Principe de l'Autonomie de la volonté dans l'Ancien Droit Français*, Paris, 1931, note que les auteurs à cette époque, employaient indifféremment, plusieurs expressions : bonnes mœurs, bon ordre, bien commun, intérêt public, droit public.

(17) Capitant : *Introduction à l'étude du Droit Civil*, 5e éd., 1929, n° 27, p. 61.

privé au profit de celui du droit public en y englobant un certain nombre de règles, celles qui sont dites, traditionnellement, être d'Ordre Public. On peut résumer en quelques mots sa théorie, qui s'éloigne, comme on va le voir, fortement des notions classiques. Il attribue au droit public toute règle de droit contenant un impératif, tout principe d'Ordre Public ; le domaine du droit public s'en trouve donc singulièrement élargi ; tout rapport de droit où apparaît la volonté souveraine de l'Etat doit y être classé. Au contraire on reconnaît le droit privé à ce qu'il y règne de volonté libre, de volonté individuelle. En résumé toutes les règles « impératives » contenues dans le Code civil feront désormais partie du droit public, par exemple, les institutions juridiques formant le Droit des personnes (18).

Que penser de cette tendance ? La confusion des notions d'Ordre Public et de Droit Public est-elle souhaitable ? Un tel résultat ne semble pas admissible. Au fond l'idée essentielle qui se trouve ici à la base est la suivante : Ordre Public et intérêt public sont choses synonymes, or le droit public, basé sur la volonté de l'Etat, est tendu vers le bien général, donc Droit Public et Ordre Public coïncident. Or il y a là une conception que l'on ne peut pas admettre, et qui méconnaît totalement la définition du droit public telle qu'elle est généralement admise. Qu'entend-on en effet

---

(18) BURCKHARDT : *Methode und system,* § 8 ; v. à ce sujet également les brefs mais intéressants développements de Claude DU PASQUIER : *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Neuchatel et Paris, 1937, n° 171, p. 152-153.

par droit public ? Ce concept évoque deux catégories de règles. Et tout d'abord on y rattache les dispositions visant à « l'organisation » des administrations publiques et notamment de l'Etat; « on désigne par Droit Public l'ensemble des règles et institutions qui, d'une part, traduisent tant la structure juridique de l'Etat que celle des personnes morales publiques en général et, d'autre part, gouvernent les rapports de ces organismes entre eux d'abord, avec les particuliers ensuite » (19). Toutes les questions touchant à la constitution des personnes morales publiques, à leurs membres, à la hiérarchie administrative, sont, au premier chef, du ressort du droit public. D'un autre côté, on voit apparaître, lorsque l'on envisage ces rouages administratifs, non plus à un point de vue statique, mais au cours de leur fonctionnement, la notion essentielle de « puissance publique ». Quoiqu'en ait dit Duguit, il y a là une idée fondamentale sans laquelle on ne peut pas expliquer les modes d'action de l'administration, les privilèges dont elle est nantie, les facilités qui lui sont reconnues (20). C'est d'ailleurs une notion que l'on retrouve dans presque toutes les définitions du droit public : « Le droit public, écrit Capitant, com-

---

(19) Bonnecase : *Introduction à l'étude du Droit*, 2e éd., 1931, n° 50, p. 96. V. également du Pasquier, *op. cit.*, n° 20, p. 13 : « Notre époque rattache au droit public les règles relatives à l'organisation de l'Etat, à son fonctionnement, à ses services publics. Appartiennent à ce domaine toutes les relations dans lesquelles intervient en qualité officielle soit l'Etat, soit un de ses délégataires...

(20) Duguit : *Traité de Droit Constitutionnel*, 3e éd., tome 1er, § 59.

prend tous les rapports de droit dans lesquels l'Etat apparaît en tant que représentant de la puissance publique, accomplissant sa mission à l'intérieur comme organe du gouvernement, maintenant l'ordre, organisant les services publics, levant l'impôt, et à l'extérieur entrant en relations avec les autres Etats » (21). L'idée de puissance publique, de souveraineté, est encore mieux mise en vedette par M. C. Du Pasquier lorsqu'il déclare : « Renonçant à exposer les nombreuses théories que l'on a mises sur pied, nous nous bornons à résumer ici le critère usuel. Dans les rapports de droit public l'Etat exerce sa souveraineté, c'est-à-dire son autorité, sans autre limite que la loi qu'il s'est lui-même donnée; c'est ce que les Romains appelaient « l'imperium ». Si les deux sujets du rapport sont des organes de l'Etat (par exemple dans les relations entre le parlement et le gouvernement ou entre deux ministères), chacun de ceux-ci exerce dans le cadre de ses fonctions officielles la part d'autorité qui lui a été dévolue de par la constitution... D'autre part, si une convention conclue entre deux corporations ou établissements de droit public a pour objet une affaire qui appartient à leur mission officielle, elle a un caractère de droit public » (22).

Le « droit public », tel qu'il vient d'être caractérisé, en l'envisageant au point de vue « statique » et au

---

(21) CAPITANT : *Introduction à l'étude du Droit Civil*, 5e éd., n° 12, p. 40.

(22) DU PASQUIER, *op. cit.*, n° 168, p. 149-150; M. Josserand fait également appel à la notion de puissance publique pour définir le droit public, JOSSERAND : *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3e éd., tome 1er, n° 10, p. 10.

point de vue « dynamique », ne présente aucun point de contact avec la « notion d'Ordre Public ». Cette dernière évoque, sous son aspect le plus élémentaire, disons même le plus simpliste, l'idée d'une « limitation », d'une « sauvegarde », et nullement celle de « puissance publique »! Au fond tout ceci est une querelle de mots : lorsque l'on envisage de fondre l'ordre public dans le droit public, c'est qu'on donne à ce dernier le sens « d'intérêt public », par opposition aux intérêts privés. C'est là, pour le moins, une conception curieuse, et qui ne fait pas avancer le problème; il est complètement inutile de remplacer une expression par une autre, et de bouleverser toute la terminologie couránte, comme l'écrit parfaitement M. Claude Du Pasquier : « Du point de vue scientifique, cette théorie est assez séduisante; l'idée qui fait de la volonté de l'Etat le ressort du droit public, de celle des particuliers celui du droit privé, est ainsi placée au centre du système. Mais on parle la langue du droit pour être compris des interlocuteurs : dès lors, il est dangereux d'établir entre deux domaines des limites qui ne correspondent pas aux notions courantes et, quel que soit le mérite de cette doctrine, son caractère un peu paradoxal suffit à nous empêcher de l'adopter » (23).

(23) Du Pasquier, *op. cit.*, n° 171, p. 153.

Section deuxième

Adoption d'un CONTENU INTELLECTUEL de la notion d'Ordre Public

I. — Il n'est pas possible d'attribuer à la notion d'Ordre Public un contenu « matériel » ; l'ordre dans l'Etat ne constitue pas en dernière analyse sa raison d'être. S'il en était ainsi elle ne présenterait plus aucune utilité. On admettra ce point de vue d'autant plus aisément que l'on a pu se rendre compte précédemment de quelques caractères très généraux de l'Ordre Public. On a vu le juge y faire appel pour restreindre le domaine d'application d'une loi dans le temps et pour donner le pas à une disposition légale touchant aux intérêts vitaux de la société; on a indiqué le rôle qui lui était reconnu en matière de conflits de lois dans l'espace ; là encore on y a recours pour défendre les bases fondamentales de la société. S'agissant, d'un autre côté, de son intervention dans le domaine des actes juridiques volontaires, bilatéraux ou unilatéraux, il a été mentionné l'importance capitale qu'elle y revêtait; sans cesse, au nom de l'Ordre Public, les décisions judiciaires annulent des actes qui ne leur semblent pas pouvoir être maintenus, parce qu'ils essayent de porter atteinte à certaines « idées » qu'elles estiment fondamentales : qu'elles réprouvent le « résultat » visé par les parties, les « moyens techniques » auxquelles elles en avaient confié la réalisation ou la

« mentalité » dont elles font preuve, toujours elles tendent à sauvegarder certaines notions, certains principes essentiels. On le voit l'Ordre Public apparaît non plus sous son aspect matériel, mais bien subjectif, psychologique, en quelque sorte *intellectuel*, il se résume en une *notion*, dont le contenu, par suite, n'intéresse que le domaine des « idées » et non plus celui des « faits ».

II. — En se plaçant à un point de vue strictement scientifique, on se trouve ici en présence de ce que le doyen Gény appelle le « donné », élément dont on connaît les divers aspects. Comment donc se présente-t-il ? Au moment de déterminer le « contenu », les éléments « constitutifs » de la notion d'Ordre Public, on doit en donner un aperçu à cette place.

Ce que l'on qualifie de données « naturelles », concrétise les « conditions de fait » dans lesquelles se trouve placée l'humanité. On vient de souligner une fois encore que la notion d'Ordre Public évoque immédiatement à l'esprit celle d'une « limitation », donc d'une « délimitation », et ce dernier concept est intimement lié à ceux de « sociétés humaines », de « groupes sociaux ». La division du monde humain en groupes est un fait capital qui se révèle à l'observation de la vie en société : tel individu fait partie de tel ou tel groupement, et en général même d'une infinité : famille, commune, nation. A ce sujet on peut très brièvement citer les intéressantes conclusions auxquelles aboutit un juriste doublé d'un sociologue, M. René Maunier : « S'il est vrai, écrit-il, qu'une société soit toujours une assemblée d'hommes, ou pour parler

comme Spencer, un « agrégat humain », ce n'est là qu'un trait extérieur... Ce qui est essentiel, c'est que les hommes, assemblés continûment, ou périodiquement, suivent des règles, des usages ou des lois et qu'un pouvoir s'impose à eux; une *autorité* les régit... On ne croit plus, comme ont fait maints auteurs depuis Montaigne, qu'aucune société si barbare fût-elle ait jamais vécu sans lois. Il n'y a point, et il n'y a point eu jamais de société amorphe ; mais toute association a ses coutumes établies, ses usages reçus et ses lois observées... Une société sera donc un « groupe d'hommes obéissant à une même autorité », et encore par conséquent, « un groupe d'hommes ayant mêmes usages ». Dès que les hommes ont entre eux des manières communes, dès qu'ils suivent les mêmes guises, dès qu'ils pensent et dès qu'ils agissent de concert, ils forment entre eux une société » (1). L'existence de ces groupes sociaux aura une répercussion capitale sur le « comportement » des membres qui les composent. A l'intérieur de ces sociétés règnera la grande loi de la « conformité » : les hommes doivent se « conformer » aux façons d'agir et aux opinions reçues dans le groupe : « Qu'il s'agisse de tradition, ou bien d'imitation; que la conformité se fasse dans le temps ou dans le lieu, ou mieux dans les deux à la fois, elle est toujours ce qui doit être constaté; « conformité » dans un groupe, et donc diversité de groupe à groupe... Mais il est bien trop évident que nous n'avons toujours de liberté ni dans nos préjugés les plus secrets, ni dans nos actes

(1) René Maunier : *Essai sur les groupements sociaux*, Alcan, 1919, p. 4.

et nos gestes. On ne peut naître, ni mourir, ni hériter, ni contracter, ni se nourrir, ni se vêtir, sans tomber sous l'empire de la loi ou pour le moins de la coutume ou de la mode. Et on peut voir ainsi que la conformité, attribut permanent de la vie en commun, exerce en deux sens son pouvoir. Elle règle les façons d'agir, les modes de se conduire, les manières de se comporter. Elle gouverne ainsi ce qu'on dénomme les *pratiques*. Mais elle ordonne aussi les façons de penser, les modes de juger, les manières de raisonner. Elle commande donc ce qu'on dénomme les *croyances*. Elle domine les *actions* et les *notions* » (2). — Cette idée de conformité on la retrouve à la base même de la notion d'Ordre Public ; les conventions annulées au moyen des articles 6 et 1133 du Code Civil, sont celles qui « blessent » l'ordre public, qui « troublent » les bonnes mœurs, qui violent les « principes » du groupe social ; de plus les lois, dans leur application dans le temps ou dans l'espace doivent respecter les « conceptions », se conformer aux aspirations de la société. La notion d'Ordre Public fait naître l'idée de soumission à certains principes.

A côté, ou plus exactement au-dessus du donné réel, on doit reconnaître l'existence du donné rationnel. Ce dernier « représente le fonds essentiel du droit naturel classique » ; on y intégrera les préceptes — peu nombreux, il est vrai, — que la raison montre impérieusement postulés par la nature de l'homme » (3). On sait les

---

(2) MAUNIER : *Essai sur les groupements sociaux*, Alcan, 1929, p. 4.

(3) GÉNY, *op. cit.*, p. 270 et suiv.

innombrables études suscitées par ce problème capital. Inutile d'y revenir et bornons-nous à dire qu'en dernière analyse le Droit naturel se ramène à la Notion de Droit elle-même. Telle est l'opinion de l'unanimité des auteurs contemporains (4). Il ressort alors très clairement de ce qui a été dit plus haut que cette « notion » de Droit, comme toutes les autres notions, variera suivant les divers groupes sociaux; elle subit dans chacun d'eux les influences des conditions de fait au milieu desquelles se meuvent les individus membres du groupe; ensemble d'éléments auxquels il est indispensable d'ajouter ici les aspirations « idéales » et l'influence de la « tradition ».

A l'époque actuelle, alors que l'on aurait pu croire que le développement du machinisme et les progrès de toutes les sciences allaient stabiliser la vie de l'humanité, la simplifier en la rendant presque mécanique, on constate au contraire une extraordinaire floraison de « mystiques » de toutes sortes; on ne parvient à entraîner les hommes à l'action qu'en leur prêchant un « évangile de la force », ou en se convertissant en « apôtre de la paix ». Les aspirations constituant ce que le doyen Gény, nomme le « donné idéal » (5), jouent ici un rôle de premier plan, surtout en présence

---

(4) Gény, *op. cit., loc. cit.;* du même : *La notion de Droit en France, son état présent. Son avenir,* dans « Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique », p. 9 et suiv.; Bonnecase : *Introduction à l'étude du Droit,* 2e éd., 1931, n° 138, p. 217-218.

(5) Gény : *Science et Technique en Droit privé positif,* tome 2, n° 170, p. 384-385.

des applications pratiques dont la notion d'Ordre Public est constamment l'objet. Parmi les » desiderata » qui forment comme « l'atmosphère ambiante » de toute question de droit, le problème des « races » semble de nos jours présenter une importance de plus en plus grande. On en a vu récemment, en France même, des applications directes qui ne font d'ailleurs que reprendre à l'époque actuelle, des mesures édictées au cours de notre Histoire dans un sens analogue; d'autre part de nombreux pays, en Europe notamment, inclinent dans le même sens; il y a là un mouvement d'opinion, sur lequel, en toute *objectivité,* il n'est pas possible de faire silence. La « doctrine des races » doit sa première synthèse au français Gobineau; on peut, en quelques lignes, en résumer les points essentiels. — La base fondamentale de cette théorie est qu'il existe dans le Monde plusieurs races de valeur inégale. En Europe notamment règne la « race » par excellence, celle des Aryens (dérivée des Aryas de l'Inde) ; elle doit dominer les autres qui lui sont inférieures au point de vue physique comme au point de vue intellectuel. Les auteurs racistes précisent même les caractères physiques auxquels on peut reconnaître l'Aryen. Tous ces points, évidemment, ne nous intéressent pas ici directement, du moins importait-il d'en rappeler la substance. La conséquence la plus simple que l'on puisse en tirer, au point de vue de l'élaboration des règles de droit, est une modification profonde du « droit des personnes » et de la « famille ». Le législateur s'appuyant sur ces directives devra édicter des règles, des dispositions favorisant le développement de la race supérieure, au détriment des autres individus qui auront un « statut »

de faveur; la législation du mariage devra être l'objet de ses préoccupations constantes : par analogie avec certaines espèces animales, on en arrivera même à « sélectionner » les individus. Cette doctrine des races a soulevé de larges discussions (6), rencontré des adversaires acharnés. Comme toujours, ceux qui se tiennent en-dehors — disons même au-dessus — des querelles d'écoles estiment en général que dans la doctrine « raciste » au même titre que dans celle de ses adversaires, on peut découvrir une certaine part d'exagération ; en tout cas, il apparaît nettement que le problème de la « race », dans le faisceau des aspirations collectives, joue un rôle désormais de première importance; peu importe, au fond, qu'à un point de vue strictement scientifique, les critiques aient la partie belle, on ne peut pas ignorer le mouvement raciste, et les horizons qu'il ouvre chaque jour, plus largement, dans cette direction, au « donné idéal ». D'ailleurs une grande partie des objections qu'on lui adresse, provient de l'imprécision du terme « race » lui-même (7). On l'a jusqu'à présent, entendu au sens de « communauté de caractère biologique » ; mais fréquemment on l'emploie dans une toute autre acception, on l'entend alors comme synonyme du terme « nation ».

Ce dernier point de vue, rapproché de certaines applications de la notion d'Ordre Puublic, ne peut être passé sous silence. Il n'est pas question de revenir

---

(6) Sur tous ces points, V. Le Fur : *Races, Nationalités, Etats*. Alcan, 1929, p. 7-60.

(7) Le Fur, *op. cit.*, p. 22-23.

sur le problème des « nationalités », mais bien plutôt de rappeler quelques définitions bien connues (8). M. le professeur Le Fur écrit : « La première définition précise de la nationalité est due à l'italien Mancini : « La nation est une société naturelle d'hommes, que l'unité de territoire, d'origine, de mœurs et de langage mène à la communauté de vie et de conscience sociales ». Depuis lors tous les partisans de cette théorie ont insisté sur cette volonté de vie commune, qui est pour eux, l'élément essentiel de la nationalité. On se rappelle la définition célèbre de Renan : « Une nation est un principe spirituel résultant des complications profondes de l'histoire, une famille spirituelle, non un groupe déterminé par la configuration du sol »; et encore : « Une nation est un plébiscite de tous les jours ». C'est dans le même sens que Fustel de Coulanges disait : « Les hommes sentent dans leur cœur qu'ils sont un même peuple lorsqu'ils ont une communauté d'idée et de souvenirs ». — Donc, avec le temps, avec l'unité de territoire et de gouvernement — triple facteur historique, géographique et politique — ce qui cimente surtout une nation, c'est la volonté actuelle de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir, pour le transmettre aux générations suivantes, l'héritage reçu des ancêtres, le passé sombre ou glorieux qui prépare le programme à réaliser dans

---

(8) Sur le principe des Nationalités, V. entre autres, l'ouvrage déjà cité de Le Fur : *Races, Nationalités, Etats,* Alcan, 1929, p. 61-89; du même auteur on consultera également : *Encyclopédie Française,* tome 10, *L'Etat Moderne (Aménagements, Crise, Transformations)*, fascicules 10' 10-5 à, 10' 10-10.

l'avenir; c'est en un mot, ce qu'on a pu exprimer d'un seul terme heureusement choisi, le « vouloir-vivre collectif » (9). — Le concept de nation est approfondi davantage par M. René Maunier; dans tout groupement humain peuvent être discernés trois éléments ; la « conformité », « l'autorité », la « communauté » : « C'est la communauté qui produit l'autorité, laquelle engendre la conformité » (10) ; et ces trois caractères se retrouvent dans la nation (11).

A ces *aspirations idéales* on doit joindre les tendances que la tradition implante peu à peu dans une société donnée : les siècles écoulés lèguent au présent la leçon de l'expérience; le « donné historique » a également son rôle à jouer dans l'élaboration des règles de Droit. S'agissant de la notion d'Ordre Public, la première partie de cette étude a été consacrée aux doctrines de l'Ordre Public du Droit Romain jusqu'à nos jours ; on a ainsi pu voir l'évolution subie par cette notion en Droit Privé.

Ainsi la notion d'Ordre Public fait naître l'idée de soumission à une idée directrice, à certains « principes ». Or de quels principes s'agit-il ? De quelles « idées » doit-elle assurer le respect ? On peut maintenant répondre à cette question après les explications

---

(9) Le Fur : *Races, Nationalités, Etats,* Alcan, 1922, p. 66-67; cette expression heureuse est due à l'historien Henri Hauser : *Le Principe des nationalités, ses origines historiques,* 1916, p. 7.

(10) Maunier : *Essais sur les groupements sociaux,* Alcan, 1929, p. 6.

(11) Maunier, *op. cit.,* p. 55-57.

précédentes. On vient d'insister sur les « données » du Droit, parmi lesquelles, suivant sur ce point le doyen Gény, il a été tracé quelques groupes. Il est donc possible maintenant de définir le « contenu » de la notion d'Ordre Public. Elle implique l'existence d'un certain nombre d'idées, de « notions », à l'intérieur d'un groupement social donné, et auxquelles il convient de se conformer. S'il est vrai de dire que le Droit « reste essentiellement œuvre rationnelle », il n'est pas moins exact d'affirmer que la notion de Droit varie avec chaque groupe social, qu'elle subit dans chacun d'eux les influences de la tradition, des conditions de fait au milieu desquelles vivent les êtres humains dans ce lieu, ainsi que des aspiratoins vagues, mais néanmoins fort importantes, qui constituent l'idéal de leur groupe. La « notion de Droit », au même titre que toutes les autres, subit la grande loi commune dont on a déjà formulé le principe : « Conformité » dans un groupe et donc « diversité » de groupe à groupe. On peut donc en définitive dire que l'Ordre Public est la notion de Droit telle qu'elle est comprise dans une société, ou plus exactement que

L'Ordre Public est constitué par les caractères spécifiques de la Notion de Droit dans un groupe social donné.

III. — On pourrait faire une objection qu'il importe dès maintenant, avant même de creuser la définition que l'on vient de donner, de mettre délibérément de côté.

On ne manquera pas tout d'abord de nous dire qu'il était inutile de repousser la théorie qui assimilait le

contenu de la notion d'ordre public au Droit lui-même (12), si c'est maintenant pour la confondre avec la notion de Droit. N'y a-t-il pas là encore une pétition de principe ? Si l'Ordre Public doit se ramener à la notion de Droit, il suffit de garder cette seconde expression, et de rejeter la première comme faisant double emploi ! — Pourtant, il n'en est rien. Car si l'on veut bien examiner de plus près la définition posée, on voit que l'on assimile en définitive la notion d'Ordre Public à celle de Droit « telle qu'elle est comprise dans un groupe social déterminé ». Ce n'est donc pas à la notion de Droit en général, qu'elle se trouve ramenée mais bien à une notion de Droit déterminée, ayant par suite certains caractères. Car s'il est vrai de dire, en se plaçant à un point de vue purement rationnel, que la notion de Droit, le Droit naturel, est identique pour tous les êtres humains, il n'en faut pas moins reconnaître l'influence capitale des autres conditions de fait du milieu desquelles vivent les individus, et qui peuvent varier à l'infini; c'est un point que l'on a par trop tendance à oublier. La tradition, les conditions naturelles, et surtout les aspirations morales et sociales, influent sur la « notion » de Droit, qu'elles arrivent à faire varier ainsi et empêchent partout d'être semblable à elle-même. La « notion » de Droit, aura subi entre autres, les influences du groupe social, au milieu duquel on l'envisage. Et c'est donc bien ces « caractères spécifiques », de la notion de Droit — caractères

(12) V. *supra,* Section 1re : *La conception matérielle de l'Ordre Public.*

qu'il sagit de « sauvegarder » en « limitant » le champ d'application de la loi ou de la volonté individuelle, — qui forment le contenu de la notion d'Ordre Public. — En un mot, il ne faut pas s'étonner de voir la notion de Droit, relative dans le temps et dans l'espace ; l'idée de Justice — et c'est là, en fin de compte, ce à quoi se ramène le Droit Naturel, la notion de Droit, — elle-même est sujette à de semblables variations. A ce propos on peut citer un passage extrêmement caractéristique du doyen Gény : « Les principes de justice, tels que nous les avons reconnus, sont-ils immuables et universels ? Il a paru difficile de l'admettre à considérer la variété infinie de règles juridiques parfois tout opposées, consacrées suivant les temps et les pays. Mais n'y a-t-il pas dans cette opinion une confusion manifeste entre les deux points de vue que je me suis attaché à distinguer, *celui des principes eux-mêmes et celui de leur application*. Sans prétendre justifier, sous le rapport de la justice absolue, les institutions juridiques de toutes les époques et de tous les lieux, il suffit pour écarter le scandale de leur diversité, d'observer que, *presque toujours le but à atteindre a été moins différent que les moyens de le réaliser* » (13).

IV. — On a souvent retracé les transformations subies par le Droit privé Français depuis 1804. Il n'y a

---

(13) Gény : *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit privé positif*, 1919, tome 2, n° 162, p. 107. Dans le même sens Henri de Page : *A propos du gouvernement des juges. L'Equité en face du Droit*, Bruxelles-Paris, 1931, p. 171.

pas lieu de revenir ici sur ces constatations dont personne ne songe à contester le bien-fondé. Tout au plus peut-on, en ayant recours à ces travaux, retracer l'évolution de la Notion de Droit, ou plus exactement de son « contenu » ; on pourra ainsi, dans ses grandes lignes, se rendre compte de sa nature à l'époque actuelle (14).

Il est évident que dans nos sociétés occidentales, la « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », et le Code Civil, marquent le point de départ d'un ordre social nouveau (15). Les grands principes consacrés par ces deux documents sont bien connus, ils peuvent être groupés autour de quelques idées fort simples : l'article deux de la « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ne proclame-t-il pas que les « droits naturels et imprescriptibles de l'homme », sont... la « liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». On peut laisser de côté la sûreté et la résistance à l'oppression qui relèvent plutôt du Droit Public et noter que la liberté et le droit de propriété dominent tout le Droit Privé; la première intervenant dans le droit des personnes, le second dominant le régime des biens.

---

(14) S. les transformations du Droit Privé depuis 1804, v. plus spécialement : *Livre du Centenaire du Code Civil*, 2 volumes publiés par la Société d'Etudes législatives, Paris, 1904 ; DUGUIT : *Les Transformations générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912 ; CHARMONT : *Les Transformations du Droit Civil*, Paris, 1912 ; MORIN : *La Révolte des Faits contre le Code*, 4e éd., Paris, 1920 ; RIPERT : *Le Régime démocratique et le Droit civil moderne*, Paris, 1936.

(15) DUGUIT, *op. cit.*, p. 5 et suiv.

Le principe de la liberté individuelle inspire en effet presque toute la réglementation, l'organisation de la famille. Le mariage, source de la famille, est laïcisé; chacun professe les opinions confessionnelles qui lui conviennent, mais l'union légitime en est libérée, est mise au-dessus de toutes les discussions auxquelles, elles pourraient donner lieu. L'époux exerce sur sa femme et sur ses enfants sa libre autorité; on y prévoit bien quelques limites, rares il est vrai, mais en définitive le titulaire de la puissance maritale et paternelle exerce ses prérogatives comme il l'entend, dans son intérêt personnel, même peut-être égoïste, sans avoir à en rendre compte à qui que ce soit : il est souverain maître, il est « libre » de faire ce que bon lui semble. — D'un autre côté l'union illégitime est en fait une « union libre » : la loi et la jurisprudence jettent pudiquement sur elle le voile de l'ignorance ; les enfants qui pourraient en naître n'ont que peu de chances d'être reconnus par leur père, et presque aucune de faire reconnaître en justice sa paternité. Ici encore on n'a pas voulu sacrifier la liberté individuelle à l'intérêt de la famille. Car en définitive tel est bien le résultat auquel aboutit le principe de liberté individuelle appliqué au droit de la famille; on parvient à une consécration irrémissible d'une notion de Droit « individualiste » (16). Toute atteinte à cette liberté des personnes, de l'individu envisagé comme une fin en soi, tombe sous l'article 6 du Code Civil; il y a alors une violation de l'Ordre Public.

---

(16) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *La famille dans le Code Civil, Livre du Centenaire du Code Civil*, tome 1er, p. 265. V. également CHARMONT, *op. cit.* p. 1 et suiv.

D'un autre côté, l'organisation économique — inspirée du libéralisme des Physiocrates — postule un régime des Biens dominé par le principe de la propriété individuelle et de la liberté contractuelle. On peut d'ailleurs sans exagération dire que la propriété est une forme de la liberté; c'est la possibilité pour chaque homme de bénéficier, à l'exclusion de tout autre, des fruits de son travail; elle consacre « l'éminente dignité de la personne humaine ». Aussi le Code Civil lui réserve-t-il toutes ses faveurs : on l'envisage comme un droit « absolu », dont on ne peut être privé que pour une raison de nécessité publique, « la propriété, déclare l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». Il y a là un « droit naturel », inviolable et sacré », dont le maintient intéresse au plus haut point l'Ordre Public. Le Code Civil en tire un certain nombre de conséquences.

L'indivision, qui méconnaît si gravement ce principe de l'appropriation individuelle des biens, est vue avec une telle défaveur qu'on en oublie d'organiser le statut ! Elle doit être en tous cas essentiellement temporaire ; on doit pouvoir le plus rapidement possible revenir à la propriété exclusive (article 815 du Code Civil). — Les servitudes ne peuvent exister que dans l'intérêt d'un « héritage », d'une propriété foncière, et non pas d'un individu déterminé; le principe de la liberté des personnes s'oppose à ce dernier résultat, au même titre que le désir de ne démembrer qu'à bon

escient le droit de propriété. On peut noter également que l'usufruit est temporaire, et doit se réunir, à la mort de son titulaire, à la nue-propriété. D'autre part la jurisprudence envisageait avec défaveur les clauses d'inaliénabilité, empêchant la « libre » circulation des biens. Car s'il est vrai de dire que le statut des biens est régi par le principe du droit de propriété absolu, perpétuel, exclusif, on doit noter également le rôle joué ici par la liberté individuelle. C'est pourquoi d'ailleurs, aux limites du droit patrimonial et à celles du droit extra-patrimonial, ces deux notions se rejoignent. C'est ainsi que la matière des régimes matrimoniaux est dominée par le grand principe de la liberté des conventions matrimoniales; les futurs époux, dans le choix du régime pécuniaire de leur union, jouissant d'une grande liberté (art. 1387 et suivants du Code Civil). — Il en est de même en matière de libéralités : on peut disposer à titre gratuit des biens dont on est propriétaire, entre vifs ou à cause de mort, dans les limites de la quotité disponible : on peut écarter les règles des successions légales en rédigeant un testament.

En résumé, les caractères essentiels de la notion de Droit, tels qu'ils apparaissent à l'examen des textes du Code Civil, — principe de la liberté individuelle, droit de propriété exclusive, — constituent bien le contenu de la notion d'Ordre Public telle qu'elle apparaissait à cette époque. Les rédacteurs du Code Civil, s'ils ont désiré faire œuvre de transaction, avec beaucoup de sagesse (17) n'en ont pas moins tenté d'em-

(17) JOSSERAND : *Cours de Droit civil positif français*, 3e éd., tome 1er, n° 38.

pêcher le retour aux principes de l'Ancien Droit, disons même de l'Ancien Régime. Ils ont par suite eu recours à la notion d'Ordre Public, dont ils ont fait un large usage, en introduisant même l'expression — consacrée pour la première fois par Domat — dans des textes du Code (18). La rupture avec l'Ancien Droit, l'instauration d'un ordre social nouveau, la proclamation solennelle des « immortels » principes, tout conduisait à rechercher un appui dans cette notion d'Ordre Public, à la fois si ancienne et si nouvelle dans ses manifestations, et qui concrétisait parfaitement les tendances nouvelles, les « caractères spécifiques » de la notion de Droit à cette époque.

V. — Les crises économiques et les bouleversements sociaux devaient au cours du XIX^e^ siècle avoir une influence capitale sur l'évolution du Droit (19). Il allait en être de même a fortiori au début du XX^e^ siècle ; les caractères de la notion de Droit allaient subir une transformation presque complète, si bien que l'on peut indiquer, tout au moins brièvement, les tendances essentielles dans ce domaine.

Le Droit Privé, au cours de ces dernières années, et en dépit des conclusions pessimistes auxquelles se sont abandonnés certains auteurs (20) tend à s'organiser autour de quelques principes qui semblent ferme-

---

(18) Art. 6, 686, 1133 du Code Civil.

(19) V. ouvrages cités *supra* note 14 et spécialement, Morin, *op. cit.*, p. 3 et suiv.

(20) Ripert : *Le Régime démocratique et le Droit civil moderne,* passim, et notamment Introduction.

ment établis. On peut noter tout d'abord le resserrement des biens familiaux. La *Famille* a toujours été et doit devenir de plus en plus, le noyau des rapports de droit, de la vie sociale. On a beaucoup écrit sur le divorce; le problème a été envisagé sous toutes ses faces, on a pu discuter sans trêve sur les inconvénients ou les avantages qu'il présente ; il semble qu'en définitive on puisse dire que « la possibilité du divorce crée trop souvent et indirectement les maux auxquels le divorce lui-même est censé devoir porter remède » (21). D'un autre côté on a souligné que « l'histoire du divorce est dans notre pays, l'histoire de la religion catholique, et, plus spécialement des rapports de l'Etat avec l'Eglise » (22). Mais ce qui n'a pas toujours été montré c'est qu'en dernière analyse et contrairement aux déclarations de principe des auteurs le divorce n'est jamais — suivant l'expression — entré dans nos mœurs. Il est toujours resté une exception, un accident. L'opinion publique le considère avec défiance et même avec défaveur : il n'est pas rare de voir les époux divorcés mis en somme à l'index, au « ban » de la société : dans la famille même de ceux qui y ont recours, on l'envisage comme une tache qui rejaillit sur tous les parents et alliés. Il est vrai que dans certaines villes et notamment à Paris, la complaisance de quelques tribunaux transformait le divorce en une simple formalité, favorisant ainsi le jeu du « mariage

---

(21) Solus : *Les Principes du Droit civil*, 2e éd., Paris, 1939, p. 43-44.

(22) Ripert, *op. cit.*, p. 38 et suiv.; Josserand, op. cit., n° 906.

et du divorce ». Mais, il n'en reste pas moins que la dissolution du lien matrimonial demeure en France à l'état sporadique. Le principe de l'indissolubilité du mariage, en dépit des atteintes qui ont pu y être faites, domine de nos jours l'organisation de la famille. Le législateur semble s'engager dans la voie de la suppression du divorce; la loi du 2 avril 1941 marque la première étape de ce retour à la conception occidentale de l'union légitime, qui, on le sait, est profondément imprégnée des principes de la civilisation chrétienne. Il faut espérer que les tribunaux sauront faire des pouvoirs que la loi leur confère l'usage que l'on en attend d'eux ; la loi du 2 avril 1941 est une indication à l'adresse des magistrats : la réforme sera ce qu'ils voudront qu'elle soit. — Si la protection et l'affermissement de la famille légitime constitue l'un des traits essentiels de la notion de Droit, un des principes intéressant l'Ordre Public, on doit noter également qu'il importe de maintenir l'union libre au rang de simple rapport de fait, dont le législateur et le juge n'ont à s'occuper que dans la mesure où ils y consentent. Le concubinage ne doit pas être transformé en « concubinat » ; l'union illégitime ne doit pas être l'apparence du mariage légal. Favoriser, si peu que ce soit, les rapports hors-mariage revient à porter à chaque fois un coup à l'institution même du mariage. Aussi les tribunaux refuseront-ils l'indemnité que la concubine aurait la prétention de réclamer à l'auteur d'un accident ayant entraîné la mort de son amant. Sinon, on ne ayant entraîné la mort de son amant. Sinon on ne les fournisseurs de la victime n'émettraient pas une prétention semblable : eux aussi ont fait une perte,

pourquoi ne pas les en indemniser ? La protection exagérée dont bénéficiait la concubine ne pouvait s'expliquer que par une tendance à confondre le Droit et les sentiments, à verser dans un « romantisme » juridique, dont le moins qu'on puisse dire est qu'il relève plus du vaudeville que de principes rationnels. Ici encore s'affirme la nécessité de la « Famille », mais également sa « permanence » dans les mœurs ; car — et c'est une raison d'espérer — les mesures législatives qui ont pour résultat de bouleverser cette conception, si profondément enracinée à l'époque actuelle, se heurtent à une force d'inertie qui ne tarde pas à en triompher. On en a un exemple remarquable dans la loi du 18 février 1938, modifiant les textes du Code Civil relatifs à la capacité de la femme mariée. On connaît les discussions passionnées qui en ont précédé la promulgation (23). On peut dire qu'elle a été préparée dans des conditions remarquables; les plus éminents juristes ont concouru à sa rédaction. Il faut bien pourtant se rendre à l'évidence; la loi du 18 février 1938 n'a pas apporté à la femme mariée cette capacité civile que l'on voulait tant lui donner. Pourquoi donc ? On n'a pas manqué de souligner combien la loi nouvelle posait d'énigmes. Quels textes avait-elle modifiés ? Quels

---

(23) V. notamment les chroniques de VOIRIN, D. H. 1934, p. 67, D. H. 1935, p. 65 ; CAPITANT, D. H. 1932, p. 97 ; et sur la loi de 1938 les innombrables commentaires dont elle a été l'objet ; ANCEL : *Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février* 1938 ; SAVATIER : *Lois Nouvelles*, 1938, 1re partie, p. 50 et suiv. ; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, D. H. 1938, p. 25 ; BONNECASE : *Mariage et Régimes matrimoniaux*, Paris, 1938..., etc...

étaient les articles qui devenaient sans objet, bien que non abrogés ? Dans quelle mesure le statut des régimes matrimoniaux allait-il être bouleversé ? Autant de questions que posait la « rédaction » de la loi elle-même; il n'y avait donc là, en quelque sorte, que des difficultés d'ordre « technique », en grande partie provoquées par la scission en deux du projet René Renoult. Mais à côté on n'a pas vu, on n'a pas voulu voir, que la loi de 1938 n'était pas en accord avec nos mœurs dans une très large mesure. La loi du 18 février 1938 a voulu « émanciper » la femme mariée de l'autorité maritale qui, paraît-il, constituait un joug difficile à supporter. On voulait en quelque sorte relâcher les liens familiaux, mettre l'homme et la femme sur un pied de parfaite égalité. D'un côté la loi de 1938 a eu de bons résultats, elle a montré au mari qu'il ne devait pas exercer son autorité maritale dans un intérêt personnel, égoïste, mais dans l'intérêt de tous. Le mari reste, en fait, le chef incontesté de la famille, aussi la loi de 1938 contient-elle sa propre condamnation; dans la mesure où elle proclame le mari « chef de la famille » (art. 213), elle s'adapte admirablement aux conceptions actuelles, par contre les dispositions qui tendent à reconnaître à la femme une vie indépendante à l'intérieur de la famille sont vouées à l'échec. Cette alternative se comprend semble-t-il parfaitement. D'une part l'homme grâce à sa force physique et à son sang-froid, possède toutes les qualités requises d'un « chef » : il est naturel qu'il préside aux destinées de la famille. D'un autre côté on ne peut qu'approuver les raisons mises en avant par les banques, les hommes d'affaires, qui hésitent à traiter directe-

ment avec la femme, puisqu'il s'agit d'affaires qui très souvent intéressent fortement la vie même du ménage; ici encore le mari en tant que *chef de la famille,* et dans l'intérêt de la « famille », a un droit de regard. Si en droit on le lui refuse, en fait il le gardera. — On notera aussi que si le principe d'unité de direction constitue la base même de la famille, il faudra agir avec une extrême prudence dans la réorganisation des régimes matrimoniaux. Il semble bien que le vieux régime de communauté — surtout la communauté réduite aux acquêts — réponde parfaitement aux vœux des familles françaises; en théorie, on pourra y apporter des modifications, mais en *fait,* on devra y conserver la prépondérance du mari. — La nécessité d'une famille unie explique que les rapports entre parents et enfants intéressent également, au premier chef, l'Ordre Public; ici encore on se trouve en présence d'un des traits spécifiques de la notion de Droit, et on voit immédiatement le sens dans lequel le législateur devra intervenir pour les respecter.

Aussi, s'agissant de l'évolution subie par l'organisation de la « Famille » au cours des âges peut-on dire avec le doyen Josserand qu' « après avoir donné l'image d'un gouvernement absolu, elle tend à devenir comme une république domestique; évolution qui à côté d'avantages incontestables est fertile en dangers : l'affaiblissement de l'autorité, l'esprit d'égalité extrême sont susceptibles de conduire à la décadence et à l'anarchie ; et il est plus difficile de remonter le courant que de le descendre; il faudra ne jamais perdre de vue que la famille a pour raison d'être *la propagation de l'espèce,* la *permanence de la race* et *l'éducation des enfants* dans

les meilleures conditions possibles : l'enjeu est assez important pour que toutes les forces sociales s'unissent et fassent bloc en vue de ne pas perdre la partie » (24). — Si l'on veut bien considérer que subordination n'est pas plus synonyme d'esclavage que hiérarchie ne l'est de tyrannie, on comprendra qu'une organisation ferme de la *Famille* constitue un des caractères essentiels de la notion de Droit, un des principes fondamentaux de l'Ordre Public.

Il ne suffit pas de proclamer ce premier principe, encore faut-il en rendre l'application possible. Pour que la famille vive et se développe il faut lui en fournir les moyens. Pendant longtemps, le droit de propriété constitua le moyen technique adapté à cette fin : la propriété était collective, familiale. Les enfants même mariés restaient travailler avec le chef de famille; c'était le régime de l'économie domestique (25). Les bouleversements sociaux, le machinisme, la division du travail ont « réduit » la famille qui désormais ne comprend plus que parents et enfants. On a dû par suite procéder au partage des terres, de l'argent. On a si bien fait qu'on en est arrivé à un morcellement excessif du sol : la nécessité du partage en nature a fait le reste. A l'époque actuelle on se trouve en présence d'un émiettement insensé de la fortune. Chacun possède bien quelque chose, mais presque rien. Chaque enfant a juste de quoi faire vivre une famille. Pour-

---

(24) Josserand : *Cours de Droit civil français*, 3e éd. 1939, tome 1er, n° 677, p. 389.

(25) Dont on doit rapprocher celui de la *Justice Privée;* Donnedieu de Vabres : *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, nos 18 et suiv.

tant il y a là une question capitale. L'Ancien Droit — comme un certain nombre de législations étrangères — l'avait bien compris lorsqu'il reconnaissait l'aîné des droits plus étendus qu'aux cadets. Et c'est ce que d'une manière différente ont essayé les dispositions législatives qui ont eu pour but de maintenir intacte l'exploitation. Il en est ainsi notamment du décret-loi du 17 juin 1938 qui, modifié à plusieurs reprises, tend à parer aux inconvénients du partage en nature, au moyen des clauses dites de « conservation de fonds », ou « attributives d'exploitations ». Dans une hypothèse comme dans une autre, c'est toujours la même idée que l'on doit retenir; on tient compte non plus du droit de *propriété,* mais du principe que l'on doit avant tout avantager le *travail.* On tient compte du travail, du rendement économique effectif, et non plus d'un droit théorique. Et c'est bien dans le même esprit que le Code de la Famille, a institué le contrat de travail à salaire différé; au sein d'une même famille on récompense ceux qui ont travaillé à l'exploitation familiale. Et, il serait facile de montrer l'importance capitale prise de nos jours par la législation, dite du travail. On est loin maintenant du contrat de travail librement débattu entre un patron et un ouvrier. L'Etat, en raison de l'importance « sociale » considérable de la question est intervenu en vue de règlementer les conditions du travail, à tel point que certains auteurs n'hésitent pas à classer le « droit ouvrier » parmi les ramifications du droit administratif (26). — En définitive

(26) Du Pasquier : *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit,* 1937, p. 14, n° 23.

on voit que le droit de propriété, comme l'annonçaient, certains auteurs il y a déjà plus de vingt-cinq ans, a profondément évolué depuis 1804 : de la propriété « droit subjectif » on est passé à la propriété « fonction sociale » (27) ; comme l'écrivait alors Duguit, « tout individu a l'obligation d'accomplir dans la société une certaine fonction en raison directe de la place qu'il y occupe. Or le détenteur de la richesse, par cela même qu'il détient de la richesse, peut accomplir une certaine besogne que lui seul peut accomplir. Seul il peut augmenter la richesse générale en faisant valoir le capital qu'il détient. Il est donc obligé socialement d'accomplir cette besogne et il ne sera protégé socialement que s'il l'accomplit et dans la mesure où il l'accomplit. La propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire; elle est la fonction sociale du détenteur de richesse » (28). Ces lignes qui prennent de nos jours une signification si profonde montrent bien comment on peut, sans exagération aucune, dire que le principe du *Travail* a remplacé ou tout au moins tend à remplacer le droit de propriété, en tant que caractère essentiel de la notion de Droit.

S'il est exact de souligner l'importance capitale que l'on doit reconnaître à l'organisation de la « Famille » et à celle du « Travail », il n'en faut pas moins également tenir compte des aspirations idéales dont on a déjà dit un mot. On ne doit pas oublier que l'Etat demeure le milieu normal d'éclosion des règles du

---

(27) Duguit : *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon,* Paris, 1912, p. 147 et suiv.

(28) Duguit, *op. cit., loc. cit.*

Droit (29). Et l'on doit noter que les concepts de « nation » et de « patrie » sont proches de celui d'Etat, dont ils ne représentent peut-être qu'une des faces. Lorsque l'on parle de « nation », on envisage surtout les caractères spécifiques d'un peuple; les particularités qui au point de vue physique comme au point de vue intellectuel permettent de le distinguer de ses voisins. On saisit aisément l'importance qu'un tel élément présente en droit privé; aussi ne doit-on pas être surpris d'en voir de plus en plus souvent des manifestations. On a souvent relevé, notamment en matière commerciale, ce que l'on a nommé le *nationalisme juridique :* l'Etat ayant tendance à restreindre le champ d'application d'un certain nombre de dispositions législatives qu'il édicte, en n'en conférant le droit de s'en prévaloir qu'à ses nationaux. Plus récemment encore on peut noter, dans un certain nombre de pays, un courant en faveur de l'élimination de certains individus qui ne présenteraient pas les mêmes qualités, ni les mêmes aptitudes que leurs compatriotes. C'est ainsi qu'en Droit positif français, est apparue une législation visant à délimiter le domaine d'activité des individus de religion israélite. Les législations prévoyant un statut des juifs sont de plus en plus nombreuses; la loi Française notamment donne une « définition » des juifs (30). — On comprend également de cette manière un grand nombre de décisions judiciaires intervenues en matière de conflits de lois dans l'espace :

---

(29) Gény : *Science et Technique en droit privé positif,* tome I, n° 19; Du Pasquier, *op. cit., loc. cit.,* n° 317.

(30) Loi du 3 octobre 1940 modifiée par la loi du 2 juin 1941.

on peut dire que le Droit International Privé trouve sa raison d'être et sa justification dans l'application au Droit Privé de cet élément de la notion de Droit. En tous cas il constitue encore un de ses caractères spécifiques, que la notion d'Ordre Public concrétise.

Famille, Travail, Nation : telles semblent bien être, en définitive, les trois pôles vers lesquels s'oriente actuellement la notion de Droit. On se trouve ainsi en présence de ses *caractères spécifiques,* c'est-à-dire en face du *contenu* de l'Ordre Public. Le contenu de la notion d'Ordre Public n'est donc pas « matériel, comme persiste à le déclarer une importante fraction de la Doctrine, mais consiste, au contraire, en un certain nombre de *principes,* « d'idées » que l'on vient d'essayer de dégager. — En résumé, le Droit Privé doit tendre à organiser, en pratique, ces « données » fondamentales qui constituent l'Ordre Public. Si on veut d'ailleurs les ramener à l'unité, on peut se rendre compte que le Droit Privé tout entier, et notamment le Droit Civil, repose sur la « Famille », et sur une famille dont le statut doit se rapprocher de celui que l'on a indiqué.

On voit immédiatement combien cette thèse s'éloigne des théories classiques, celles-ci déclarent que « l'état » d'une personne est d'Ordre Public. Or ceci est inexact à un double point de vue, d'un côté l'état des personnes est un cadre vide, une « forme », dans laquelle on peut faire entrer une organisation concrète, variable à l'infini, d'autre part le Droit Privé n'envisage pas l'individu considéré individuellement, « in abstracto » : à l'*homo juridicus* doit faire place la *Famille;* ne pas l'admettre c'est oublier que le Droit n'existe pas pour

les individus pris isolément, mais pour réglementer les rapports des individus entre eux; la conception individualiste du Droit à laquelle tant d'auteurs se tiennent encore de nos jours, est issue en droite ligne de la théorie des « droits naturels » de l'homme et de la « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » qui n'en est que le développement (31). Comme l'écrit fort justement Duguit : « Cette idée de l'homme naturel, isolé, indépendant, ayant en sa qualité d'homme des droits antérieurs à la société et apportant ces droits dans la société est une idée tout à fait étrangère à la réalité. L'homme isolé et indépendant est une pure fiction; il n'a jamais existé. L'homme est un être social; il ne peut vivre qu'en société; il a toujours vécu en société. — De plus, parler des droits de l'homme naturel, isolé, de l'individu pris en soi, séparé de ses semblables, c'est faire une contradiction « in abjecto ». En effet, tout droit par définition implique un rapport entre deux sujets. Si l'on imagine un homme isolé et absolument séparé de ses semblables, il n'a pas, il ne peut pas avoir de droits. Robinson dans son île n'a pas de droits; il ne peut en avoir que lorsqu'il rentre en relation avec d'autres hommes. L'individu ne peut donc avoir de droits que quand il vit en société et parce

---

(31) Duguit, *op. cit.*, p. 18 et suiv.; Morin, *op. cit.*, p. 197 : « L'homme isolé, le sauvage de Rousseau, n'est qu'une abstraction » ; Le Fur : *La théorie du Droit naturel depuis le XVII^e^ siècle et la doctrine moderne*, dans *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, année 1927, tome III, p. 332; Gounot : *Le Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. — Contribution à l'Etude critique de l'individualisme juridique*, Dijon, 1912, p. 321 et suiv.

qu'il vit en société. Parler de droits antérieur à la société c'est parler du néant » (32).

VI. — A plusieurs reprises, au cours de cette étude il a été parlé de la notion de *bonnes mœurs*. On a même signalé qu'en Droit Romain seule cette dernière était mentionnée par les textes, le terme même d'Ordre Public ne s'y rencontrant pas. D'une façon générale, d'ailleurs, les auteurs qui ont précédé la promulgation du Code au même titre que ceux qui avaient pour mission d'en interpréter les textes, ont examiné ensemble ces deux notions. On sait également que les articles 6 et 1133 du Code Civil les rapprochent. Une question vient immédiatement à l'esprit : quels rapports existent-ils entre ces deux notions ? Ici deux réponses peuvent être présentées : ou bien les bonnes mœurs constituent un concept distinct de celui d'Ordre Public, ou bien, au contraire elles n'en sont qu'un des aspects.

De nombreux auteurs séparent les notions de bonnes mœurs et d'Ordre Public; ils y voient deux domaines différents. Dans ce groupe l'on peut classer des auteurs qui par ailleurs développent des conceptions antagonistes; il est curieux de noter que les motifs pour lesquels ils opposent ces deux notions varient profondément de l'un à l'autre (33). Telle est la théorie sou-

---

(32) Duguit, *op. cit.*, p. 18.

(33) Sur la notion de Bonnes mœurs en général, v. notamment : Planiol et Ripert : *Traité pratique de Droit civil français*, tome VI; *Les obligations*, par Esmein, p. 308 et suiv.; Charles Beudant : *Cours de Droit civil français*, 2e éd., Paris, 1934, publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeon-

tenue par Saleilles dans un ouvrage resté célèbre. Il est amené à prendre une semblable position, au sujet de l'article 138 du Code Civil allemand qui prohibe les conventions contraires aux bonnes mœurs (34). Que fallait-il entendre par là ? Le premier projet de Code Civil allemand avait prévu séparément la violation des bonnes mœurs et celle de l'Ordre Public; l'art. 138 eut alors pris une rédaction presque identique à celle de l'article 6 du Code Civil français. La seconde commission supprima l'appel à l'Ordre Public, et ne conserva que la notion de bonnes mœurs. Lors de la discussion du projet au Reichstag, cette mutilation du texte fut sévèrement jugée, le parti social-démocrate voulant le rétablir dans sa teneur primitive; pourtant il n'en fut rien. Ainsi seule la notion de bonnes mœurs subsiste

---

NIÈRE, tome Ier, *Introduction et Explication du titre préliminaire du Code civil,* avec la collaboration de Mme BÉQUIGNON-LAGARDE, nos 209 et suiv.; DEPLOIGE : *Le Conflit de la Morale et de la Sociologie,* Louvain, 1911, *passim;* RIPERT : *La règle morale dans les obligations civiles,* 3e éd., 1935, nos 37 et suiv.; TCHAVDAROFF : *De la notion des Bonnes mœurs* (Essai théorique sur la recherche d'un critérium), Toulouse, thèse, 1927; *Vocabulaire Juridique,* publié sous la direction de CAPITANT, V° *Bonnes mœurs,* p. 89; V. également Henri DE PAGE : *Traité élémentaire de Droit Civil Belge,* tome Ier, 1933, n° 92, p. 90 et suiv.

(34) SALEILLES : *De la Déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand* (*art.* 116-144), Paris, 1901, article 138 du B. G. B., p. 251-302; OPREA-ZENO : *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand,* thèse, Paris, 1935; et à propos de ce dernier ouvrage, V. l'étude de M. BONNECASE : *La notion juridique de bonnes mœurs; sa portée en droit civil français,* dans *Etudes de Droit civil à la mémoire de Henri Capitant,* p. 91-101.

dans l'article 138 du Code Civil allemand. — Quels motifs en a-t-on donné ? Ce sont ceux-là même auxquels Saleilles s'arrête et que l'on peut résumer comme suit : pour lui, les notions de bonnes mœurs et d'Ordre Public sont essentiellement distinctes. Par Ordre Public, d'après cet auteur, il faut « entendre tous les principes généraux de caractère constitutionnel servant de fondement à l'ordre social, industriel et politique, tel que le principe de la liberté individuelle, celui de la liberté de conscience, de la liberté économique et industrielle et autres conceptions de ce genre qui en dehors de tout changement de constitution politique, sont de nature, sur le terrain purement social à s'enrichir constamment de principes nouveaux, en ce qui concerne les garanties qui doivent dominer et comme réglementer la lutte des classes et assurer la protection des travailleurs » (39). Ainsi donc pour l'Ordre Public, on doit adopter un critérium essentiellement théorique, de « principe ». Il y avait donc là une règle d'allure essentiellement idéologique, philosophique, disons même métaphysique. Et si l'on veut bien se reporter aux premières années du XX^{e} siècle, au positivisme alors triomphant, on se rend compte des critiques que Saleilles, à la suite des juristes allemands, adressait à l'Ordre Public. On lui reprochait surtout de donner au juge un pouvoir trop vaste, de lui mettre entre les mains « une arme aussi menaçante, et à lui laisser pleine liberté sur un terrain aussi vague et aussi indéfini que celui des principes de l'Ordre Public, du moment que l'on entendait les opposer aux bonnes mœurs et

(35) Saleilles, *op. cit.*, p. 269.

aux usages; cela revenait à lui donner en matière d'actes privés comme une sorte d'exception d'inconstitutionnalité en attendant qu'elle lui appartienne en matière d'actes législatifs ». — Au contraire, la faveur de Saleilles va toute entière à la notion de bonnes mœurs : on n'a plus à craindre alors un critérium théorique, philosophique : ici tout est subordonné à la « pratique », aux « usages », aux convenances ; on vise par bonnes mœurs « non pas l'idéal de moralité théorique que le juge pût se faire en soi, ce qui ne serait, sous une apparence d'objectivité, qu'une pure conception subjective, mais l'idéal répondant, en fait, à la conscience publique et servant de critérium à l'opinion pour apprécier ce que l'on doit appeler les bonnes mœurs... On excluait, sur le terrain de la moralité, tout critérium de principe pour n'admettre qu'un critérium de fait; on n'admettait de critérium de principe qu'en matière d'Ordre Public ». En résumé Saleilles admet que les bonnes mœurs sont déterminées par les usages, par la conscience collective moyenne » des intéressés. On peut noter ici toutefois qu'il ne s'agit pas de consacrer tous les usages, mais uniquement les « bons usages » tels qu'ils résultent de la conscience moyenne de la collectivité (36). — Cette distinction tranchée entre les notions d'Ordre Public et de Bonnes mœurs ne résiste pas à un examen tant soi peu attentif. On notera tout d'abord que Saleilles reconnaît à l'Ordre Public un contenu strictement « matériel » ; il y fait rentrer tous

(36) Saleilles, *op. cit.*, p. 283; Oprea-Zeno, *op. cit.*, p. 92-93; Louis-Lucas : *Volonté et Cause*, thèse, Dijon, 1918, p. 172.

les « droits publics » : liberté individuelle, liberté de conscience, liberté économique, etc... Or il a été dit (37) que la notion d'ordre public perdait toute utilité si on lui assignait un contenu matériel, ou si on la confondait avec le Droit Public, et c'est pourtant ce que fait Saleilles dans le passage précité. De ce côté là, déjà sa théorie s'effondre. Mais il en est d'autant plus ainsi lorsqu'on envisage l'opposition, proclamée en quelque sorte à titre de postulat — devant lequel on ne peut que s'incliner sans tenter de le démontrer — entre un ordre public théorique et des bonnes mœurs fondées sur un critérium pratique. En quoi la notion d'Ordre Public est-elle théorique ? N'est-elle pas, au même titre que la notion de bonnes mœurs l'objet d'applications constantes ? On a signalé en temps utile (38) qu'elle tenait une place considérable en Droit Positif, qu'elle constituait bien par suite un problème essentiellement *pratique*. En définitive, on retrouve, à la base de cette distinction, une conception erronée du Droit et de ses Sources. Saleilles se classe parmi les membres de l'Ecole Positiviste : aucun principe métaphysique, supérieur, mais uniquement des « pratiques », dont la Sociologie révélera l'existence (39). La critique d'un tel système n'est plus à faire : il ne compte d'ailleurs plus guère d'adeptes. De plus, on peut noter que la conception qu'il se faisait des bonnes mœurs était erronée :

---

(37) *Supra,* Section 1re.

(38) *Supra,* Chapitre 1er, section 2e.

(39) Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit,* Paris, 1937, nos 273 et suiv.

les bonnes mœurs n'ont pas pour critérium la moralité moyenne d'une époque ! (40).

C'est à ce dernier point de vue que s'attaque le doyen Ripert dans son bel ouvrage « La Règle morale dans les obligations civiles » (41). Mais il n'en reste pas moins qu'on peut le classer parmi ceux qui distinguent Ordre Public et Bonnes mœurs. En effet que représente donc pour lui chacune de ces notions ? Après avoir rappelé les nombreuses applications que les tribunaux font chaque jour inlassablement de la notion de bonnes mœurs (42), il est conduit à conclure qu'il ne faut pas s'en référer à la loi, ce qui ne permettrait au juge d'intervenir que dans un nombre d'hypothèses extrêmement restreint (43), ni surtout à l'observation sociologique, qui ne fournit pas de directives sûres, les mœurs effectivement en vigueur étant le plus souvent fort dissolues (44), mais bien à la « règle morale » traditionnelle, aux grands principes de moralité qui imprègnent notre civilisation depuis l'apparition du christianisme (45). Et si l'on envisage les cas d'applications de la notion de bonnes mœurs, on doit

---

(40) V. également au sujet de la notion de bonnes mœurs, GÉNY : *Science et Technique en Droit Privé positif*, tome III, p. 477 et suiv.

(41) RIPERT, *op. cit.*, nos 38 et 39.

(42) RIPERT, *op. cit.*, nos 24-30 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.*, p. 309-315 ; DEMOGUE : *Traité des obligations en général*, tome II, p. 598 et suiv.

(43) RIPERT, *op. cit.*, n° 37 ; TCHAVDAROFF, *op. cit.*, p. 11-34.

(44) RIPERT, *op. cit.*, nos 38 et 39.

(45) RIPERT, *op. cit., loc. cit.* ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.* p. 309.

reconnaître en toute objectivité qu'ils manifestent l'existence de la « loi morale » à laquelle les tribunaux adaptent leurs décisions. Le critère des bonnes mœurs est fourni par les préceptes de la morale chrétienne; on voit combien on est loin de la conception de Saleilles. — Mais alors que faut-il entendre par Ordre Public ? M. Ripert, on doit le noter dès maintenant, y voit une notion plus vague, beaucoup moins précise que celle de bonnes mœurs (46). D'après lui, d'ailleurs, elle aurait marqué une évolution très nette, et c'est sous cet aspect « relatif » qu'il l'étudie. Dans le Code Civil et au cours des premières années qui en suivirent la promulgation, l'Ordre Public est surtout « politique » (47) ; il vise à la constitution de l'Etat, au respect de ses institutions, à la réglementation des professions, à l'organisation de la famille : bref c'est un ordre public qui relève plus du « droit public » que du droit privé. A l'époque actuelle au contraire, on se trouve en présence d'un ordre public « économique » (48) ; le législateur est obligé d'intervenir sans cesse pour remédier aux difficultés provoquées par la crise économique ; l'aspect juridique des règles de droit tend à s'effacer derrière des considérations économiques plus ou moins exactes : c'est là une des manifestations les plus récentes de « l'interventionnisme » du législateur. — S'il est exact de dire, comme le fait M. L

(46) Ripert, *op. cit.* n° 25.

(47) Ripert : *Le Régime démocratique et le Droit civil moderne,* Paris, 1936, p. 274.

(48) Ripert : *Le Régime démocratique et le Droit civil moderne,* Paris, 1936, p. 275.

doyen Ripert que la notion de bonnes mœurs implique soumission à la « règle morale », il est par contre moins aisé d'admettre sa théorie de l'ordre public. Parler d'un ordre public « politique », c'est encore lui reconnaître un contenu « matériel » ; quant à l'ordre public « économique », par son origine strictement légale, il pose le problème des rapports de la loi « écrite » et de la notion d'Ordre Public, question sur laquelle il conviendra de se prononcer plus tard.

Cette dernière idée est reprise par un certain nombre d'auteurs qui la développent avec encore plus de fermeté. Pour eux l'Ordre Public est strictement délimité par la loi; les Bonnes mœurs étant au contraire d'origine coutumière, étant fondées sur les usages, les modes de vie (49). L'acte contraire à l'Ordre Public se distingue de celui qui viole les bonnes mœurs, en ce qu'il est « illégal ». Ici encore on rencontre cette tendance à laisser à la loi le soin de délimiter le domaine de l'Ordre Public : on n'a pas à revenir sur « l'exagération de l'élément légal qu'elle consacre ».

En définitive, les théories qui séparent complètement les notions d'Ordre Publique et de Bonnes mœurs ne semblent pas convaincantes ; on doit les rejeter comme inexactes. Aussi une fraction de la Doctrine n'hésite t-elle pas à les rapprocher. C'est ainsi que Capitant, après avoir exposé sa théorie de l'Ordre Public, déclare que la « notion de bonnes mœurs se rattache étroitement à celle de l'ordre public; toute atteinte aux

---

(49) Planiol et Ripert : *Traité élémentaire de Droit civil*, 12e éd., tome 1er, 1939, n° 293 ; Hémard : *Précis élémentaire de Droit civil*, Paris, 1928, tome 1er, n° 264.

bonnes mœurs compromet l'ordre social par le trouble qu'elle cause, par le danger de l'imitation, et doit être soigneusement réprimée. Les lois concernant les bonnes mœurs offrent donc les mêmes caractères que les lois d'ordre public »... (50). Idée qu'Alglave avait déjà exprimée à la fin du XIX[e] siècle en écrivant que « les deux ordres de dispositions ont le même caractère puisqu'elles tiennent uniquement de la loi leur force civile » (51). D'un autre côté on ne doit pas oublier de souligner que les articles 6 et 1133 du Code Civil rapprochent dans le texte de leurs dispositions ces deux notions; c'est une constatation importante, car, il n'est pas possible de s'appuyer sur les seules explications de Capitant et d'Alglave pour fonder leur union, leurs théories étant par ailleurs, on le sait (52), sujettes à critique. Il est également intéressant de noter à l'occasion de ces deux textes que le tribun Faure déclara sans aucune ambiguité au Corps Législatif le 14 Ventôse an XI : « Les mots ordre public eussent seuls pu suffire et l'addition qu'on a faite n'a pour objet que de donner à la rédaction de l'article toute la clarté dont

---

(50) CAPITANT : *Introduction à l'étude du Droit civil*, 5[e] éd., Paris, 1929, n° 33, p. 65. — On notera également qu'une conception semblable est développée, bien que moins nettement, par les auteurs des deux grands traités de Droit civil : BEUDANT, *op. cit.*, n° 210; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, p. 308.

(51) ALGLAVE : *Action du ministère public et théorie des droits d'Ordre public en matière civile*, 2[e] éd., Paris, 1874, tome 1[er], p. 593-594.

(52) En ce qui concerne la théorie d'Alglave, v. *supra*, 1[re] partie, ch. 4, sect. 2; et celle de Capitant, *supra*, 2[e] partie, ch. 2, sect. 1[re].

elle était susceptible. En effet tout ce qui concerne les bonnes mœurs intéresse l'Ordre Public; mais tout ce qui intéresse l'Ordre Public, ne concerne pas les bonnes mœurs »(53). De l'avis même des rédacteurs du Code Civil, les notions de bonnes mœurs et d'Ordre Public étaient très proches : l'Ordre Public contenant les bonnes mœurs.

En définitive il est possible de dire que les bonnes mœurs ne constituent qu'un aspect de l'Ordre Public. Ce dernier, on le sait, résume les caractères spécifiques de la notion de Droit. Or parmi ceux-ci on a signalé (54) les directives auxquelles obéissaient par exemple l'organisation du groupe familial; on a vu qu'il y avait là, au premier chef des préceptes intéressant l'Ordre Public; mais ne peut-on pas dire également que toute question touchant au mariage, à ses effets, à sa dissolution, aux rapports entre époux et entre parents et enfants intéressent les bonnes mœurs ? N'y a-t-il pas dans toute cette réglementation, le souci constant de respecter la « règle morale » ? Sans aucune doute. Mais d'un autre côté certaines règles, qualifiées par la jurisprudence d'Ordre Public, ne visent que d'une manière beaucoup plus lointaine la loi morale. Il en est ainsi notamment de la jurisprudence relative à la protection du droit de propriété. Mais il n'en reste pas moins que la notion de bonnes mœurs s'intègre dans celle d'Ordre Public. L'Ordre Public en Droit Privé, parmi les caractéristiques de la notion de Droit qu'il met en œuvre, renferme les préceptes édictés par la loi morale. Les

(53) FENET, tome VI, p. 389.

(54) *Supra*, n° V.

Bonnes mœurs, la morale, constituent bien une des caractéristiques essentielles de la notion de Droit. On ne manquera pas alors de formuler une double objection. Si les bonnes mœurs — que nous assimilons à la loi morale — apparaissent comme une des particularités de la notion de Droit, il est difficile de comprendre comment la morale qui par essence doit être universelle, peut servir à qualifier une notion qui varie d'un groupe social à un autre. N'est-il pas contradictoire d'assigner à la morale un domaine d'application local ? On a fait depuis longtemps remarquer que l'existence d'une morale immuable et universelle est parfaitement conciliable avec la relativité dont certains n'ont pas manqué de souligner les contradictions : « Vérité en-deçà des Pyrénées, erreur au delà ». Ce dicton ne condamne pas une morale une et invariable; ce n'est pas parce qu'il n'y a pas une règle unique dans le monde entier que la morale varie, mais bien parce que tous les habitants du monde n'en sont pas au même degré de civilisation. La morale chrétienne qui exerce une influence fondamentale sur les sociétés occidentales n'est pas battue en brèche par les conceptions morales des peuplades primitives. Si la règle morale est par nature universelle, il n'en reste pas moins qu'en fait elle n'est pas partout respectée ni même connue, et par suite elle constitue encore de nos jours, un des caractères spécifiques de la notion de Droit (55). — A un autre point de vue, on pourrait souligner que si la notion de

---

(55) Deploige : *Le Conflit de la Morale et de la Sociologie*, Louvain, 1911, p. 328-332.

bonnes mœurs s'apparente aussi étroitement à celle d'Ordre Public, on aurait pu se dispenser de la mentionner dans nos codes et dans un certain nombre de lois postérieures (56). La critique est d'ordre technique; aussi est-ce sur ce terrain qu'on lui doit répondre. On doit se souvenir tout d'abord que le tribun Faure assignait à la notion de bonnes mœurs un but très simple : dissiper toute équivoque, et ne laisser aucun doute sur la portée de l'Ordre Public; en un mot, et suivant ses propres expressions, il ne s'agissait que « de donner à l'article (6 du C. Civ.) toute la clarté dont il était suceptible ». En présence du seul terme d'Ordre Public les magistrats auraient pu hésiter à comprendre sous ce terme la notion de bonnes mœurs; il était donc nécessaire de mentionner cette dernière. Comme l'écrivait à juste titre le doyen Gény, à l'occasion de l'élaboration technique des règles de Droit, l'expression de bonnes mœurs, « semble indispensable encore pour traduire certains aspects essentiels et impératifs de la jurisprudence positive » (57); elle met en œuvre des notions morales, au contraire l'Ordre Public évoque l'idée de « considérations supérieures, dominant l'organisation même de la société des hommes » (58).

---

(56) La notion des bonnes mœurs est visée dans plusieurs articles du Code civil, art. 6, 900, 1133, 1172, 1387; et par des lois subséquentes : loi du 5 juillet 1844, art. 30, alinéa 4; loi du 1er juillet 1901, art. 3.

(56) Fenet, tome VI, p. 389.

(57) Gény : *Science et Technique en Droit Privé positif*, tome III, p. 481.

(58) Gény, *op. cit.*, p. 481.

Il est donc inutile de vouloir scinder les notions de bonnes mœurs et d'Ordre Public, la première n'est qu'un aspect de la seconde dont elle précise le champ d'application et toutes deux résument les caractères spécifiques de la notion de Droit.

CHAPITRE TROISIÈME

La FONCTION de la Notion d'Ordre Public

Jusqu'à présent, la notion d'Ordre Public n'a été envisagée qu'à un point de vue strictement « scientifique ». On a essayé de la définir au cours du chapitre précédent. Cette définition a semblé découler des « faits », des « réalités » elles-mêmes. On a évité d'y mêler, à quelque degré que ce soit, des éléments artificiels, créés de toutes pièces. En un mot, on a pris soin de faire la part de la « science » et celle de la « technique ». Il y a là un résultat acquis sur lequel il serait inopportun de revenir ; on a pu dire que cette distinction avait opéré une « véritable révolution » dans le domaine du droit civil et d'une façon générale du droit privé (1). Or il a été indiqué, en tête

(1) BONNECASE : *Où en est le Droit Civil ?* dans *Cahiers de la Nouvelle Journée; La Cité moderne et les transformations du Droit*, 1925, p. 54. — Evidemment, il est impossible de passer sous silence les ouvrages fondamentaux en la matière ;

de cette deuxième partie, la méthode à laquelle on devait se ranger : celle de l'Ecole scientifique nous apparut alors comme étant la seule dont on puisse espérer des résultats pour la solution du problème de l'Ordre Public en Droit Privé.

Il importe donc maintenant d'étudier la notion d'Ordre Public, non plus envisagée en elle-même, mais dans sa technique, sa mise en œuvre, en un mot dans sa « fonction ». On passe ainsi d'un plan à un autre ; l'idée centrale change. On abandonne l'examen des « données » du Droit, pour porter l'attention vers le but à atteindre : la réalisation pratique des règles de Droit. « A côté de cette recherche, — fondée sur les données de la vie sociale, éclairées des postulats de la croyance et fécondées par les instruments de la science, — se développe, écrit M. Gény, sous l'influence des nécessités primordiales du droit, une élaboration proprement technique, comportant une méthode toute pragmatique, où les efforts convergeront vers le but à atteindre et se résoudront en procédés tenant plus de l'action que de la connaissance... le côté technique de la méthode n'a pas une égale importance dans toutes les phases et sous tous les aspects de l'activité du jurisconsulte. Il est clair, par

---

GÉNY : *Science et Technique en Droit privé positif*, 4 vol., Sirey, 1914-1924 ; DEMOGUE : *Les Notions fondamentales du Droit privé*, Paris, 1911 ; RENARD : *Le Droit, la Logique et le Bon sens*, Sirey, 1925 ; et pour l'étranger : DABIN : *La technique de l'Elaboration du Droit Positif*, Bruxelles, 1935 ; DU PASQUIER : *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Neuchatel, 1937.

exemple, qu'il joue un rôle plus notable dans l'interprétation du droit positif existant, que lorsqu'il s'agit de constituer ou de réformer celui-ci par la législation. Toujours, cependant, on le retrouve indispensable pour donner aux règles juridiques cette fermeté, cette précision, cette sécurité, et, pour tout dire d'un mot, cette « adéquation à la vie », qui ne sauraient résulter d'une investigation purement scientifique. » (2).

Voilà, admirablement exposés, le rôle et la place de la « technique » dans l'élaboration du droit positif, comme l'écrivait M. Bonnecase : « La technique juridique assure la mise en œuvre des données dérivées à tout instant des véritables éléments générateurs des règles de droit, les sources réelles. On vise donc par la technique juridique l'ensemble des moyens de toute nature à l'aide desquels s'élaborent, apparaissent, se transforment, s'appliquent et s'éteignent les règles de droit et les institutions juridiques ; la technique juridique embrasse aussi bien la langue du Droit que les procédés d'interprétation et de mise en œuvre d'une règle quelconque de Droit, aussi bien les caractères formels de la loi et de la coutume que le cadre traditionnel des décisions judiciaires et les méthodes d'exposition de la doctrine ; en un mot, toute manifestation de l'action constante des sources réelles, quelle que soit la physionomie, ressortit à la technique juridique. » (3).

---

(2) Gény, *op. cit.*, tome 1er, n° 63, p. 192-193.

(3) Bonnecase : *Introduction à l'étude du Droit*, 2e éd., Sirey, 1931, n° 168, p. 262-263.

D'après ces quelques extraits, la « loi écrite » est appelée à jouer un rôle de première importance dans le domaine des « sources formelles » du Droit ; elle constitue le principal procédé de la technique juridique (4). On en avait bien aperçu toute l'importance au cours du XIX^e^ siècle, et même on en avait considérablement exagéré la portée : de nos jours on a su assigner à la « loi » de justes limites, et on a parfaitement vu qu'elle ne pouvait pas être confondue avec le « Droit » dont elle ne constituait qu'un des modes d'expression (5). Il n'en reste pas moins que, dans ce chapitre, consacré à l'aspect technique de la notion d'Ordre Public, il est nécessaire d'envisager dans une première section la fonction de l'Ordre Public dans le domaine législatif. On arrivera à cette idée, développée dans la section suivante, que la loi écrite n'est pas appelée à entrer en jeu dans ce domaine.

---

(4) GÉNY, *op. cit.*, tome 3, p. 92.

(5) GÉNY . *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit privé positif*, 2^e^ éd., Paris, 1919, tome 1^er^, 2^e^ partie, chapitre premier ; V. également du même auteur : *Science et Technique en Droit privé positif*, tome 1^er^, n° 11, p. 37 ; il mentionne le « rejet franc et définitif de l'illusion que la loi écrite contiendrait tout le droit positif en vigueur ».

Section première

La fonction de la notion d'Ordre Public dans le domaine législatif. (Rapports de la « loi écrite » et de la « notion d'Ordre Public », au point de vue de la technique juridique.)

On a cru longtemps, et de nombreux auteurs persistent à croire encore de nos jours, que la loi est appelée à jouer un grand rôle dans la solution du problème de l'Ordre Public en Droit Privé. Mais, objectera-t-on, n'a-t-on pas repoussé une tentative de ce genre lorsque l'on a montré l'exagération de l'élément légal dans les doctrines de l'Ordre Public au dix-neuvième siècle ? Il est vrai qu'alors il a été signalé combien était mal fondée la tendance qui contribuait à s'en remettre au législateur de la définition de l'Ordre Public : la notion d'Ordre Public ne peut pas être laissée à son arbitraire ; elle puise dans la réalité des faits, des bases plus solides. Mais ici la question n'est plus la même, il s'agit de connaître la place attrtibuée à la loi écrite, non plus en ce qui concerne la délimitation de la notion d'Ordre Public, mais en ce qui touche son « application pratique », sa « fonction ». Dans l'examen de l'aspect technique de cette notion on pourrait être tenté de lui réserver une grande place; on va exposer dans un premier paragraphe cette tendance, et examiner ensuite ce qu'il faut en penser.

I. — Dans quelle mesure les auteurs reconnaissent-ils à la loi écrite un rôle dans la question de l'Ordre Public ? Ici se place une distinction fort courante.

Les lois de droit privé, dit-on, peuvent se répartir en trois groupes : il s'agit, soit de lois « supplétives », soit de lois « dispositives », soit de lois « impératives » ou « d'ordre public ». Chacune de ces trois catégories répond à une préoccupation spéciale. Puisque le problème de l'Ordre Public y est intimement lié, il faut examiner rapidement chacune d'entre elles.

On rencontre tout d'abord les lois que l'on a qualifiées de « purement déclaratives ou supplétives de la volonté des intéressés » (1). Le Droit privé reconnait-on en général, réglant les rapports des individus entre eux, doit être dominé, en principe, par la notion de liberté : cette catégorie de relations sociales doit être abandonnée au bon-vouloir du libre-arbitre des individus (2). Seuls ces derniers sont aptes à régler, au mieux de leurs intérêts, les difficultés qui peuvent surgir à l'occasion de la vie en société, et à déterminer la répartition des « biens » et l'exécution des « services » que nécessite la division du travail social (3). En principe donc, le législateur ne doit pas intervenir ; il le proclame lui-même, dans le premier alinéa de l'art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » ;

---

(1) Capitant : *Introduction à l'étude du Droit Civil*, 5e éd., 1929, Paris, n° 25, p. 56.

(2) V. à ce sujet, Beudant : *Le Droit individuel et l'Etat*, 2e éd., 1891, p. 146-150.

(3) Durkheim : *La division du travail social*, 1893.

de ces conventions le législateur se désintéresse, il abdique devant elles (4). Toutefois il se réserve une double série d'interventions ; d'une part, aux termes mêmes de l'art. 1134, la volonté individuelle doit présenter certaines qualités pour pouvoir entraîner des effets de droit, les conventions doivent être — et c'est une idée que la doctrine au cours du XIX[e] siècle perdit trop facilement de vue — « légalement formées », elles sont donc subordonnées à la loi ; d'autre part, les individus, en contractant, ne prévoient pas toutes les suites et tous les incidents que leur accord pourra entraîner ; le législateur est donc obligé de suppléer à leur carence, de combler les lacunes que leur silence laise subsister. Il est conduit à édicter des mesures « supplétives » de la volonté individuelle : il le fera, dit-on, en s'attachant à « reproduire la volonté présumée des parties » (5) ; si bien qu'en définitive, la « plupart des dispositions du droit privé sont simplement interprétatives ou supplétives, c'est-à-dire que les parties peuvent en écarter l'application pour les remplacer par d'autres » (6). Tous ces rapports de droit constituent le « domaine de la libre action des volontés » (7).

---

(4) Solus : *Les Principes du Droit Civil*, 2[e] éd., 1939, p. 109.

(5) Capitant, *op. cit.*, n° 25, p. 57.

(6) Capitant, *op. cit., loc. cit.*

(7) Gény : *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif*, 2[e] éd., Paris, 1919, n° 171, p. 151, tome II. — V. également au sujet des diverses catégories de lois de Droit privé, Henri de Page : *Traité élémentaire de Droit Civil Belge. Principes — Doctrine — Jurisprudence*, tome I[er], 1933, n° 175, p. 176 et suiv.

On discerne également, à côté des dispositions légales « supplétives », des règles visant des situations « dans lesquelles la volonté ne joue aucun rôle ». On se trouve alors en présence de questions situées hors du champ de la volonté individuelle, en ce sens qu'elles sont soulevées entre personnes qui n'avaient pas l'intention d'être liées par une convention, et qui en fait n'avaient pas contracté. Il s'agit alors de régler un conflit d'intérêts. On cite généralement, à titre d'exemple, le cas d'une personne qui, ayant acheté de bonne foi une chose qui n'appartenait pas au vendeur, et l'ayant possédée pendant un certain temps, se la voit réclamer par le véritable propriétaire. Pourra-t-elle, si elle est obligée de la restituer, en conserver au moins les fruits ? (art. 549 C. Civ.). On pourrait donner d'autres applications de ce genre (art. 1167, 2279-2280 C. Civil) (8). Ici le législateur se trouve en présence d'intérêts rivaux, c'est à lui de les concilier ; il s'inspirera non plus ici de la volonté présumée des parties, puisqu'elles n'en avaient aucune sur un point dont elles ne prévoyaient pas la réalisation, mais de considération d'équité, « d'équilibre des intérêts en présence » (9. Il statuera « in æquo et bono », au mieux, désirant avant tout garantir la paix sociale, la sécurité.

Enfin, il y a en Droit Privé une troisième catégorie de dispositions qui se réfèrent à des situa-

---

(8) V. les exemples cités par CAPITANT, *op. cit.*, n° 34, p. 66.

(9) GÉNY : *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif*, 2e éd., 1919, tome II, n° 173, p. 167 et suiv.

tions dans lesquelles la volonté individuelle se trouve strictement délimitée : c'est celle des lois « impératives ou d'ordre public » (10). Tous les auteurs admettent qu'il est impossible de déroger à ces lois ; elles s'imposent impérativement aux particuliers qui doivent en respecter la teneur. Seulement la discussion commence lorsqu'il s'agit de savoir la place qu'il convient d'assigner à la notion d'Ordre Public dans ce troisième groupe. Toutes les lois dites « impératives » intéressent-elles l'Ordre Public ? Ou bien ne constituent-elles pas plutôt une catégorie beaucoup plus vaste ? Sur ce point le champ est ouvert aux controverses qui ne manquent pas d'être nombreuses. Pour la majorité des auteurs, les lois impératives ne sont pas toutes lois d'Ordre Public : celles-ci ne forment qu'une partie de celles-là ; elles constituent l'espèce, les premières, le genre. Telle est l'opinion, notamment, de Capitant ; pour lui les motifs qui déterminent à édicter des règles auxquelles on ne peut pas déroger sont de deux sortes : « 1° assurer le maintien de l'ordre public, c'est-à-dire de l'ordre nécessaire à l'organisation sociale, et le respect de la morale en interdisant tous les actes qui sont de nature à troubler l'économie, l'harmonie de la société et à porter atteinte aux bonnes mœurs ; 2° protéger les personnes que leur âge, leur sexe, leurs infirmités rendent incapables de défendre elles-mêmes leurs intérêts et qui pourraient être victimes de leur faiblesse ou de leur inexpérience ; d'une façon plus générale,

---

(10) Capitant, *op. cit.*, n° 26, p. 57 et suiv.

protéger tout individu contre le préjudice qu'un acte pourrait dans certaines circonstances, lui causer. Cette seconde catégorie de dispositions doit être nécessairement impérative, car il est évident que ces mesures manqueraient leur but si elles pouvaient être écartées par la volonté des contractants. » (11). A l'appui de cette idée, Capitant cite un passage des travaux préparatoires du Code Civil, ainsi que l'art. 88 du Code de Procédure civile qui sépare les règles d'ordre public de celles qui tendent à assurer la protection des incapables.

D'autres auteurs n'hésitent pas à assimiler lois impératives et lois d'Ordre Public ; ils ne jugent pas utile de faire une distinction entre deux groupes de dispositions obligatoires. Ainsi pour M. Marmion, dont on a déjà eu l'occasion de citer l'intéressante étude, toute dérogation à la loi est bien une atteinte à la société, à l'intérêt général qu'elle concrétise en quelque sorte : les lois visant à la protection des incapables, à l'organisation de la tutelle, n'intéressent-elles pas au premier chef l'ordre social ? Pourquoi dire qu'il y a là des lois simplement impératives, et non pas des lois impératives d'Ordre Public ? (12). De cette conception on peut rapprocher ce qui a été dit, au cours de notre première partie, de la théorie de

---

(11) CAPITANT, *op. cit.*, n° 26, p. 58 ; V. également PILLET : *Traité pratique de droit international privé*, 1923, tome 1er, p. 114 et suiv. ; ALGLAVE : *Action du ministère public*, tome 1er, p. 602 et suiv.

(12) MARMION : *Etudes sur les lois d'Ordre Public, en droit civil interne*, Paris, 1924.

Vareilles-Sommières ; si pour M. Marmion toute loi impérative est d'Ordre Public, pour Vareilles-Sommières toute loi est impérative, d'Ordre Public, on ne peut jamais y renoncer (13).

A l'extrême opposé, citons l'opinion de ceux qui prétendent qu'aucune loi impérative n'est d'Ordre Public, ou plus exactement qu'en droit interne la notion d'Ordre Public n'a pas à intervenir. L'art. 6 du Code Civil ne vise que les lois impératives ; seul, le droit international privé peut faire apparaître cette notion (14). Cette théorie, en définitive, en arrive à

---

(13) A propos de la théorie de Vareilles-Sommières, qui déclarait que toute loi étant édictée dans l'intérêt de la société, est d'ordre public, M. Gény écrit : « ...Conclure de là, comme paraît le vouloir faire le marquis de Vareilles-Sommières, qu'il faut renoncer à distinguer certaines lois inspirées par un intérêt social supérieur, pour affirmer que les particuliers ne peuvent déroger à aucune loi, n'est pas autre chose, à mon sens, que recourir à un vain échappatoire, pour n'opérer qu'une trasposition du problème ; puisqu'il reste certain que, parmi les facultés consacrées au profit des particuliers, par l'organisation juridique, quelques-unes seulement sont susceptibles de renonciation de leur part et qu'il importe assez peu d'avoir à déterminer quelles sont les lois, auxquelles on ne puisse se soustraire par une libre disposition contraire, ou bien, quels sont les droits, consacrés par les lois, dont il ne soit pas permis de se priver par renonciation volontaire. — Inutile donc ce semble, de renverser les termes coutumiers du problème, pour n'en pas mieux éclairer la solution » ; Gény : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 1919, tome II, n° 175, p. 177-178.

(14) *Répertoire de Droit International*, sous la direction tion de A. de Lapradelle et J. P. Niboyet, tome 10, V° Ordre Public, n° 7.

dénier toute place à la notion d'Ordre Public en droit privé interne ; elle est en contradiction flagrante avec les très nombreuses décisions judiciaires dont il a été donné un aperçu dans le premier chapitre.

II. — Lois « supplétives », lois « dispositives », lois « impératives », telle est la triple distinction à laquelle les auteurs rattachent la notion d'Ordre Public sous son aspect purement technique. Elle semble cependant devoir être entièrement rejetée, les idées qui lui servent de bases étant erronées.

A. — Et tout d'abord le principe même de la discrimination est *faux* : il est inexact de dire qu'il y a des lois supplétives et des lois dispositives à côté des lois impératives : *toute loi en droit privé est impérative* ; un bref examen des deux catégories de lois que l'on veut créer arbitrairement nous en convaincra aisément, ainsi d'ailleurs que les données de l'Histoire.

N° 1. — Inexactitude de cette classification. — La distinction des lois en trois catégories est entièrement fausse : les faits sont là, qui montrent le bien-fondé de cette affirmation.

Envisageons tout d'abord les lois dites « supplétives », ou « déclaratives », ou « interprétatives » : elles s'appliquent, dit-on, en l'absence de volonté contraire de la part des particuliers. Le législateur statue alors dans cette hypothèse, comme les parties l'auraient fait elles-mêmes si elles avaient envisagé le point litigieux : elles ne l'ont pas fait ; la loi, pleine de sollicitude, supplée à leur défaillance. En définitive, dans

ce cas la loi essaie de copier le contenu éventuel de la convention. Cette première idée est donc fondée entièrement sur le dogme de « l'autonomie de la volonté » ; c'est parce qu'on met la volonté, la liberté individuelle, au pinacle que l'on arrive à dire que le législateur, édictant des règles supplétives, se trouve subordonné à elle, et doit se conformer complètement à ses désirs, ou tout au moins à ses prétendus désirs, puisqu'elle ne les a pas exprimés (15) : il y a donc, en ce cas, volonté « présumée », diront ceux qui en admettent le principe ; volonté « fictive », déclareront ceux qui voient tout l'artifice de la combinaison. Est-il vraiment nécessaire de revenir sur cette question

---

(15) Au sujet de la théorie de *l' Autonomie de la Volonté*, on peut citer notamment les ouvrages suivants : GOUNOT : *Le Principe de l'autonomie de la volonté en Droit Privé*, Dijon, 1912 ; DEREUX : *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Paris, 1905, p. 149 et suiv. ; GÉNY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 1919, nos 171 et 172, tome II ; RIPERT : *La règle morale dans les obligations civiles*, 3e éd., *passim;* du même : *Le Régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936, nos 137 et suiv. ; DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 1er, nos 27 et suiv. ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN : *Traité Pratique de Droit Civil Français*, « Obligations », tome 6, nos 13 et suiv. THALLER : *La vie juridique du Français*, tome 2, ch. 7, le « Crédit », par G. MORIN, p. 20 et suiv. ; JOSSERAND : *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3e éd., tome 1er, nos 131 et suiv. ; LOUIS-LUCAS : *L'Autonomie de la Volonté en droit privé interne et en droit international privé*, dans *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, p. 469 et suiv. ; SOURY : *Essai sur les principes directeurs du Droit Civil Français des obligations dans son état présent*, thèse, Bordeaux, 1939, *passim;* V. également, SALEILLES : *De la déclaration de volonté*, 1901, art. 133, p. 194 et suiv.

des volontés « fictives » ? Ceci semble inutile ; les critiques que l'on pourrait leur adresser ne feraient que répéter ce que d'autres ont dit avant nous sur elles. Nous avons encore présents à l'esprit les remarquables développements fournis dans leurs thèses par M. Gounot, et un peu avant lui par M. Dereux. Il est artificiel de vouloir rattacher à la volonté (16) ce que les considérations d'intérêt général et d'équité expliquent bien suffisamment. Comme l'écrit fort justement Durkheim : « ...le droit contractuel est là qui détermine les conséquences juridiques de nos actes, que nous n'avons pas déterminées. Il exprime les conditions normales de l'équilibre, telles qu'elles se sont dégagées d'elles-mêmes et peu à peu de la moyenne des cas. Résumé d'expériences nombreuses et varées, ce que nous ne pouvons régler y est réglementé, et cette réglementation *s'impose* à nous, quoiqu'elle ne soit pas notre œuvre, mais celle de la société et de la tradition. Elle nous *astreint* à des obligations que nous n'avons pas contractées, au sens exact du mot, puisque nous ne les avons pas délibérées, ni même parfois connues par avance. Sans doute, l'acte initial est toujours contractuel, mais il a des suites, même immédiates, qui débordent plus ou moins les cadres du contrat » (17). D'ailleurs, à côté de cette

---

(16) Gounot, *op. cit.*, p. 103 et suiv.; Dereux, *op. cit.*, p. 312 et suiv.

(17) et (18) Durkheim : *De la division du Travail Social*, Alcan, 1893, p. 234-235. V. également Maunier : *Introduction à la Sociologie*, Alcan, 1929, p. 14-15 : « On peut..... appeler « faits sociaux » les « uniformités » de pensée et de vie qui

pression qu'exerce le droit contractuel, l'ensemble des principes juridiques... « il en est une qui vient des mœurs. Dans la manière dont nous concluons nos contrats et dont nous les exécutons, nous sommes tenus de nous conformer à des règles qui, pour n'être pas sanctonnées ni directement, ni indirectement par aucun code, n'en sont pas moins impératives. Il y a des obligations professionnelles, purement morales, et qui sont pourtant très strictes » (18). De ces quelques développements retenons avant tout que les lois dites « interprétatives » s'imposent aux individus, qu'elles sont « impératives » ; c'est la conclusion à laquelle aboutit le professeur René Capitant dans sa remarquable thèse de doctorat : « Une loi supplétive, en effet, déclare-t-il, supplée la volonté des parties, elle est comme une clause contractuelle qui vient s'insérer dans le contrat pour combler une lacune qu'y ont laissé les parties ; elle a donc la même valeur

---

se produisent chez les hommes assemblés. Ou pour user d'un vieux mot, plus concis, les faits sociaux sont les « conformités » qui s'accusent dans la conduite ou le « comportement » des groupes d'hommes. C'est en ce sens que Tarde le disait bien, que la « répétition » définit le social. « L'acte social, écrivais-je autrefois, n'est pas un acte original et inédit : c'est un acte « répété ». Alors même qu'il est accompli par un seul individu, celui-ci l'a trouvé tout fait dans le milieu ; il l'a emprunté à d'autres individus. En le faisant, il se conforme à une règle préétablie, et qui gêne à des degrés divers la liberté de ses mouvements..... Un contrat, un rite religieux sont donc des faits sociaux en tant qu'ils reproduisent d'autres rites, d'autres contrats, c'est-à-dire en tant qu'ils ne sont qu'un exemplaire d'un type générique, tiré à des exemplaires multiples ».

qu'une clause contractuelle ; or une telle clause, légalement conclue, est une règle de droit ; voilà la raison pourquoi la règle supplétive est, comme toute règle de droit, impérative... L'adjectif supplétif n'a trait en effet qu'à sa place dans l'échelle hiérarchique des règles de droit. Or, que la loi formelle soit inférieure à la constitution cela ne fait pas douter de son caractère impératif. De même, qu'une loi formelle soit inférieure à une règle contractuelle, cela ne lui enlève pas son caractère impératif. Ou bien, en effet, il y a de règle contractuelle contraire et alors elle est valapas valable, elle n'existe pas ; ou bien il n'y a pas de règle contractuelle contraire et alos elle est valable, elle existe, en tant qu'impératif. Autrement dit encore, elle est impérative, mais elle a seulement pour sujet les individus qui ne sont pas soumis à une règle contractuelle contraire » (19). Les lois « supplétives » sont donc impératives, il y a là un fait incontestable (20) ; sur ce point la théorie classique est donc gravement mise en échec.

En ce qui concerne les lois « dispositives », une observation tant soit peu sérieuse des faits va con-

---

(19) René Capitant : *Introduction à l'étude de l'illicite. L'Impératif juridique,* Paris, 1928, p. 71 et 73-74. V. également Dikoff : *L'Evolution de la notion de Contrat,* dans *Etudes de Droit Civil à la mémoire de Henri Capitant,* p. 211.

(20) Morin et Thaller, *op. cit.,* p. 48, note 1 ; d'ailleurs Henri Capitant n'avait-il pas admis lui-même implicitement ce point de vue ? C'est ce que l'on peut se demander à la lecture de la note 4, n° 25, p. 57, de son *Introduction à l'étude du Droit Civil,* 5e éd., Paris, 1929.

duire à un résultat analogue (21). Ces dispositions se situent en quelque sorte à un plan intermédiaire entre les lois impératives et les lois supplétives : elles ne commandent ni ne suppléent aucune volonté, pour cette raison très simple qu'elles concernent des hypothèses où la volonté individuelle n'est appelée à jouer aucun rôle. Par suite, de telles dispositions n'intéressent pas directement les particuliers, elles s'adressent uniquement au juge (22). Lorsque, par exemple, écrit M. Gounot, « un fou ou un petit enfant meurt, le législateur organise la dévolution de son patrimoine. Dans quelle catégorie faut-il classer la loi qu'il édicte ? Est-elle impérative ? interprétative ? Est-elle « d'ordre public » au sens courant de ce mot ? ne l'est-elle pas ? La question n'a aucun sens : cette loi ne commande pas, elle n'interprète pas, elle « dispose » (23). On admet au fond qu'elle est bien impérative, mais seulement à l'égard du juge ; quant aux particuliers, eux peuvent se soustraire, comme ils l'entendent, à son

---

(21) Nous entendons, ici, l'expression lois « dispositives », au sens courant que nous avons exposé plus haut ; car certains auteurs la comprennent différemment, V. notamment, Bonnecase : *Introduction à l'étude du Droit*, 2e éd. 1931, n° 57, p. 108 : « D'autre part, écrit-il, avant d'être impératives ou supplétives, règles de droit et institutions juridiques sont « dispositives », suivant le terme consacré, en ce sens que toutes ont en vue l'organisation sociale. Peut-être serait-il plus exact de dire que toutes les règles de droit et institutions juridiques sont « organiques ».

(22) Gounot, *op. cit.*, p. 93 ; Duguit : *L'Etat, le Droit objectif et la Loi positive*, 1901, p. 564.

(23) Gounot, *op. cit.*, p. 92.

emprise. On peut faire justement remarquer que les particuliers, s'agissant par exemple du régime de communauté légale, régime qui s'applique en dehors de tout contrat de mariage (24), sont soumis directement à son emprise, beaucoup plus étroitement que le juge, qui, lui, évidemment, est obligé d'appliquer la loi, quel que soit son caractère ; d'autre part, tenant lieu de contrat, elles intéressent les individus au même titre que des stipulations contractuelles formelles ; or, dans ce dernier cas, il ne viendrait à l'idée de personne de dire qu'un contrat s'adresse au juge et non à ceux qui ont contribué par leur assentiment à sa formation (25). En définitive, les lois « dispositives », à la ressemblance des lois dites « supplétives » et des lois dites d' « ordre public », sont impératives ; en général, d'ailleurs, elles réglementent des questions purement techniques que les particuliers songent rarement à envisager (26).

Toutes les lois de droit privé sont donc impératives, et par suite il est arbitraire de vouloir parmi elles tracer des distinctions. Cette idée est adoptée maintenant par un grand nombre d'auteurs (27).

---

(24) Le régime de communauté légale s'applique aux époux qui n'ont pas rédigé de conventions matrimoniales, ou en cas de nullité de ces dernières ; il peut également, mais le cas est assez rare, être adopté par les époux eux-mêmes, dans leur contrat.

(25) René Capitant, *op. cit.*, p. 77, en note.

(26) René Capitant, *op. cit.*, p. 76-78.

(27) Gounot, *op. cit.*, p. 103 et suiv,; Dereux, *op. cit.*, p. 312 et suiv.; Durkheim, *op. cit., loc. cit.*; et surtout

N° 2. Elle mérite d'autant plus de l'être que ce faisant on renoue avec la tradition de l'Ancien Droit. A cette époque, la discrimination que l'on critique ici n'était nullement admise (28). La doctrine de l'autonomie de la volonté, au même titre d'ailleurs qu'en Droit Romain, y était complètement ignorée (29) ; il ne serait venu à l'idée de personne, d'aucun auteur, de reconnaître à l'individu une liberté sans frein, au grand détriment de la société. Nos anciens auteurs, essentiellement réalistes, envisageaient l'homme comme un être « social », ne pouvant jamais être isolé dans l'espace de ses contemporains, dans le temps de ceux qui l'ont précédé, ou qui descendront de lui ; la conception « robinsoniste » de l'homme ne sévissait pas encore (30). Alors, on considère que toute loi est « impérative » (31) ; elle ne peut jamais intervenir à titre de convention tacite, mais « tanquam lex publica et non tanquam lex privata et conventionalis a contrahentibus volita inducta et disposita » ; les lois supplétives présentent bien le caractère des autres dispo-

---

René Capitant, *op. cit.*, p. 73-74 ; V. également Du Pasquier : *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Sirey, 1937, n° 118, p. 189.

(28) Dereux, *op. cit.*, p. 43-66 ; V. surtout Tison : *Le Principe de l'autonomie de la volonté dans l'Ancien Droit Français*, thèse, Paris, 1931.

(29) Tison, *op. cit.*, *passim* et notamment, p. 84 et p. 185.

(30) Expression employée par M. Gounot (*op. cit.*, p. 321) pour caractériser la doctrine libérale, issue des rêveries des philosophes du XVIII siècle et de la naïveté enthousiaste de la Révolution française.

(31) Tison, *op. cit.*, chapitre 2, p. 125-184.

sitions légales. Il y a là des dispositions générales, impersonnelles, analogues aux autres lois, dont elles ne se distinguent par aucun caractère intrinsèque. De toute façon, elles sont basées sur des motifs d'intérêt général, et non pas sur de prétendues volontés fictives : les lois supplétives sont « impératives ».

B. — Puisque l'on vient d'admettre que toute loi de Droit Privé est impérative, il importe maintenant de rechercher s'il est vraiment possible d'envisager la notion d'Ordre Public sous son aspect purement technique, en la ramenant à une catégorie légale.

On peut rappeler ici les hésitations qui se sont fait jour en doctrine : certains auteurs confondent lois « impératives » et « lois d'Ordre Public » ; d'autres au contraire se bornent à faire de celles-ci une subdivision des premières ; certains enfin dénient à l'Ordre Public tout point de contact avec le groupe des lois impératives. Ces divergences de vue inclinent déjà à penser qu'il est peut-être plus malaisé qu'on ne le croirait au premier abord de déterminer exactement les modes d'expression de la notion dont on poursuit ici l'étude. Si la « technique » juridique a pour but de réaliser l'application pratique des règles et institutions juridiques, encore faut-il qu'elle le fasse réellement, et pour cela il est nécessaire qu'elle ait à sa disposition des procédés présentant une certaine « précision ». Il faut que les « données » du Droit, dans leur adaptation à telle ou telle espèce déterminée, soient l'objet d'un travail conforme strictement au but qu'elles doivent atteindre. Le travail du juriste consistant à « couler quel-

ques préceptes naturels dans un moule artificiel qui les informe en vue d'un adaptation à la vie » (32). Or, la notion d'Ordre Public va-t-elle trouver dans une catégorie déterminée de lois l'instrument, le procédé qui en permettra l'application dans les cas où elle doit intervenir ? Il n'est pas possible de l'admettre. D'abord les controverses subsistent ; on ne sait pas, on vient de le dire, la place qu'il convient de réserver aux « lois d'Ordre Public » : d'une manière générale, on aurait plutôt tendance à les confondre avec les lois « impératives », dont elles seraient synonymes. Mais alors, dans ce cas, une autre difficulté surgit : on a vu qu'il est impossible de découvrir une loi de droit privé qui ne soit pas impérative : dispositions « supplétives », lois « dispositives » rentrent toutes dans la catégorie des lois « impératives » : toute règle de droit, sans exception aucune, contient un « impératif », et même a-t-on dit un impératif « catégorique » (33). De telle sorte qu'il se révèle impossible de se tourner uniquement vers la loi pour résoudre le problème de l'Ordre Public sous son aspect « technique ». Si les lois impératives sont d'Ordre Public, puisque toute loi est impérative, toute loi est d'Ordre Public.

---

(32) Gény : *Science et technique en Droit privé positif*, tome 3, p. 18.

(33) C'est l'idée autour de laquelle est construite la thèse, déjà citée de René Capitant ; pour lui la règle de droit renferme un impératif catégorique, c'est-à-dire, qu'elle « prescrit non seulement un moyen, mais également le but en vue duquel est prescrit le moyen », et non pas seulement « un moyen sans prescrire la recherche du but auquel conduit ce moyen », op. cit., p. 14 et 13).

ou du moins intéresse l'Ordre Public ; ce qui ne peut être admis. Si bien que l'on en arrive à cette conclusion que sous son aspect « technique » au même titre que sous son aspect strictement « scientifique », la notion d'Ordre Public échappe à l'emprise de la loi écrite ; nous savons, en effet, que les théories fondant cette notion sur le seul arbitraire du législateur ont pu s'expliquer, au cours du dix-neuvième siècle, par les raisons qui motivèrent alors la méthode d'interprétation, mais que de nos jours elles sont franchement à rejeter. A ces deux points de vue, la notion d'Ordre Public se présente vraiment sous un aspect « extra-légal » très prononcé.

III. — On ne doit pas toutefois se borner à cette constatation. On a, en effet, très justement noté l'intervention croissante du législateur, notamment dans la vie économique, et en vue de restreindre la liberté contractuelle ; on a pu parler de « l'interventionnisme » législatif (34). Fréquemment la loi dresse des limites à la libre volonté des parties, interdit de déroger à telle disposition, prononce la nullité de toute clause contraire ; ne peut-on par suite dire, comme le font certains auteurs, qu'il y a là des dispositions d'Ordre Public ? (35). L'interdiction de renoncer à un avantage accordé par la loi emporte-t-elle caractère d'Ordre Public du texte qui la prévoit ? Dans l'affir-

---

(34) JOSSERAND : *Cours de Droit Civil positif Français*, 3e éd., 1939, tome 2, n° 405, p. 226-227.

(35) V. notamment RIPERT : *Le Régime démocratique et le Droit civil moderne*, Paris, 1936, n° 141, p. 2796.

mative on devrait constater qu'au cours de ces dernières années l'Ordre Public tend à jouer un rôle de plus en plus étendu en matière législative. Dans l'examen de cette question on peut admettre que le législateur manifeste son activité de deux manières différentes que l'on n'a pas envisagées séparément jusqu'à présent : d'une part, la loi peut avoir une fonction « négative » ; elle enlève le caractère d'Ordre Public à une règle de droit qui en était investie incontestablement ; d'autre part, — et c'est le cas le plus fréquent, — elle confère à une de ses dispositions le caractère d'Ordre Public.

N° 1. Parmi les lois que l'on peut classer dans la première catégorie, enlevant le caractère d'Ordre Public à une règle de droit ou à une institution juridique, mentionnons un certain nombre d'entre elles qui présentent un grand intérêt pratique. C'est ainsi que la loi du 24 juillet 1889 relative à la « protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés » prévoit, dans son titre deuxième, un transfert, une cession volontaire des prérogatives de la puissance paternelle à l'Assistance publique ; ces dispositions ont un caractère exceptionnel, l'organisation de la famille ne permettant aucune renonciation à des droits dont l'exercice intéresse au premier chef l'Ordre Social, l'Ordre Public. En présence de certaines situations de fait, le législateur a dû intervenir et réglementer strictement cette convention relative à la puissance paternelle ; on a notamment accordé au tribunal un droit de regard sur cet étrange contrat. Dans le même ordre d'idées, on peut citer également deux textes.

La loi du 31 mai 1924 « relative à la navigation aérienne » (36) dans son article 42 permet au transporteur de s'exonérer, à l'égard des voyageurs, des conséquences des accidents provoqués par les risques de l'air ou par les fautes des personnes préposées à la conduite de l'aéronef (37). Or, normalement, le respect de la personne humaine interdit une clause semblable, qui porte atteinte à son intégrité physique, les clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité sont nulles en matière délictuelle. Ici encore le législateur n'a pas hésité à faire une brèche importante aux principes de l'ordre public ; on a déclaré à juste titre semble-t-il que cette « décision exceptionnelle s'explique par les risques particuliers qui sont inhérents à la locomotion aérienne, et par le désir de ne pas arrêter par des mesures trop rigoureuses, l'essor d'une jeune industrie pleine de promesses » (38), et comme l'écrit le doyen Josserand, « elle laisse intact, en le confirmant par voie d'exception justifiée, le caractère d'Ordre Public de la réparation indemnitaire en matière de dommages causés à la personne même » (39). Plus grave encore est la dérogation introduite par la loi du 30 juin 1926 au droit de propriété. Cette loi, modifiée à plusieurs

---

(36) D. P. 1925.4.41.

(37) JOSSERAND, *op. cit.*, nº 479; Req. 19 mars 1934, D. H. 1934, 365.

(38) JOSSERAND, *op. cit.*, p. 285.

(39) JOSSERAND, *op. cit., loc. cit.,*; il en était de même des clauses de non-responsabilité en matière maritime, antérieures à la loi du 2 avril 1936.

reprises, consacre le principe de la « propriété commerciale ». Dans la lutte entre le propriétaire de l'immeuble où s'exploite un fonds de commerce et le titulaire de ce fonds, elle prend parti pour ce dernier. L'atteinte au droit de propriété est flagrante ; on est loin de la propriété « droit inviolable et sacré ». Et pourtant on sait que le Code Civil protège le propriétaire, interdisant son expropriation sans indemnité. Ici la loi a le pas sur les principes de l'ordre social ; on doit s'incliner. Mais ce qui montre bien encore l'importance et la prépondérance du droit du propriétaire, c'est que pour justifier la dérogation considérable que la loi du 30 juin 1926 y apporte dans l'intérêt du commerçant, on parle de « propriété » commerciale : c'est un hommage rendu à la force d'un droit que l'on combat (40).

N° 2. La doctrine s'est tournée d'un autre côté pour montrer l'intervention croissante du législateur en matière civile et commerciale. S'il fallait en croire certains auteurs, et notamment le doyen Ripert, le domaine de l'Ordre Public se serait considérablement accru au cours de ces dernières années (41). Le législateur,

---

(40) On pourrait citer encore comme loi dérogeant à un principe d'Ordre Public, le décret du 14 juin 1938 relatif à « l'hypothèque légale de la femme mariée », et modifiant l'article 2135 du Code Civil, décidant que la femme mariée pourra renoncer à son hypothèque même dans la mesure où elle garantit une créance alimentaire, sous certaines conditions.

(41) RIPERT : *L'Ordre Economique et la liberté contractuelle*, dans « Recueil d'Etudes sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény », tome 2, titre 6, ch. 2.

déclare-t-il, est sans cesse intervenu dans le domaine des conventions, domaine qui jusque-là était encore pour la plus grande part laissé à la libre initiative des particuliers. En présence de la crise économique, sollicité de toutes parts, tiraillé en tous sens par les groupes politiques les plus variés, il a édicté sans cesse des lois nouvelles, des dispositions souvent contradictoires, parfois incohérentes, toujours trop nombreuses ; il est totalement impossible de faire le recensement des lois qui, intitulées « définitives », se sont vues, au gré d'une législature suivante, mises tout bonnement de côté. Mais de plus, en droit privé, la plupart de ces dispositions ont interdit toute clause contraire, ont prohibé les dérogations que les particuliers n'auraient pas manqué d'y faire dans leurs conventions ; c'est là, dit-on, un nouveau domaine ouvert à la notion d'Ordre Public : la loi ne se contente plus de régler la constitution politique d'une nation, elle vise désormais à y instituer un « ordre public déterminé », ordre public « économique », par opposition à l'ancien que l'on qualifie généreusement de « politique » (42). Tout ce qui n'est pas laissé à la libre détermination des individus constitue l'Ordre Public ; telle est l'idée à laquelle aboutit M. Ripert, notamment, dans l'ouvrage qui décrit avec le plus de justesse le mouvement législatif contemporain : « Le Régime démocratique et le droit civil moderne ».

C'est à une conclusion analogue qu'aboutissaient les auteurs qui, au dix-neuvième siècle, furent les plus

---

(42) Ripert, *op. cit., loc. cit.*

illustres représentants de « l'Ecole libérale », de « l'Ecole traditionnelle ». Toute limitation à la volonté est classée parmi les dispositions d'Ordre Public ; c'est l'ensemble des mesures destinées à brider l'initiative individuelle. A cette époque, aveuglés par les principes individualistes des philosophes du XVIII[e] siècle, on dira qu'il y a là des limites « nécessaires » à la volonté individuelle destinées à assurer, par l'obéissance de tous, la liberté de chacun. Toute exception au principe de « l'autonomie de la volonté » est mise sous l'étiquette « ordre public » (43). D'ailleurs, de nos jours, n'entendons-nous pas dire souvent, en présence d'une loi prohibant toute clause contraire à ses dispositions, décidant qu'on ne peut y déroger ni les modifier, qu'elle est « d'ordre public ». Ce qualificatif vise désormais tout texte s'imposant à la volonté individuelle. Prenant l'effet pour la cause, on dit qu'il est « d'ordre public ». Mais alors, comment concilier cette constatation avec le principe, posé à plusieurs reprises, que la loi écrite ne joue ni au point de vue « scientifique », ni au point de vue « technique » un rôle en matière d'Ordre Public, puisqu'il suffit que le législateur annonce son intention de ne voir aucune dérogation à ses dispositions pour qu'elles soient considérées comme étant d'ordre public ?

---

(43) Gounot : *Le Principe de l'autonomie de la volonté en Droit Privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique,* thèse, Dijon, 1912, p. 92, note 1.

Il est indéniable que souvent la loi est marquée par ses auteurs de ce caractère, à juste titre, dans des hypothèses où le juge n'aura vraiment qu'à s'incliner. Le législateur a visé un cas où l'Ordre Public était réellement intéressé et il l'a déclaré. Mais par contre, et ce qui a été dit plus haut va s'appliquer ici, souvent la doctrine a tendance à conférer à l'Ordre Public un champ d'action beaucoup trop vaste, englobant toute disposition non susceptible d'être écartée par convention. Pour beaucoup d'auteurs, « être d'Ordre Public » ou ne pas « comporter de dérogation » sont des expressions synonymes. Nous estimons qu'une loi proclamant le caractère d'Ordre Public de ses dispositions ne tranche pas, de cette façon, sans appel le problème de la notion d'Ordre Public. On se rend compte aisément que l'expression « ordre public » a perdu toute signification réelle : il était encore possible de qualifier comme étant d' « Ordre Public » tel texte déterminé, lorsque l'on s'imaginait que la question pouvait être résolue grâce à l'intervention de la loi. Une question vient alors immédiatement à l'esprit. Comment distinguer une loi intéressant l'Ordre Public et une loi à laquelle on ne peut pas déroger ? La réponse est simple. C'est au juge à trancher la question. C'est lui qui, s'appuyant sur les « données » que l'on a essayé de dégager, dira si l'Ordre Public est intéressé à telle ou telle disposition légale. Mais, bien entendu, le seul fait que le législateur aura prohibé toute cause dérogatoire imposera aux particuliers, de même qu'au juge, le respect des dispositions légales en question ; le juge doit appliquer la loi, les particuliers doivent la subir. Si un texte l'exige, on ne

pourra pas y déroger. De même — et c'est un point que la doctrine contemporaine oublie de mentionner — si une loi nouvelle proclame que ses dispositions doivent rétroagir, le juge, qui — on l'a vu (44) — remommande au législateur de ne faire rétroagir ses dispositions que pour des motifs d'Ordre Public, devra s'incliner, même si la loi n'intéresse en aucune manière l'Ordre Public. Seulement, dans un cas comme dans l'autre, dans le domaine des actes juridiques volontaires comme dans l'application des lois, ce ne sera pas nécessairement pour sauvegarder l'ordre social ; ce pourra être dans bien d'autres buts. La loi écrite, principale « source formelle » des règles de droit et des institutions juridiques, est subordonnée aux « sources réelles » ; la « technique » passe après la « science », et les affirmations d'un texte rapidement rédigé après les caractères spécifiques de la notion de Droit.

La « Fonction » de l'Ordre Public dans le domaine législatif est donc restreinte. En dépit des affirmations de la Doctrine contemporaine le législateur, lorsqu'il limite le champ d'action de la volonté individuelle ou de la loi, ne crée pas à chacune de ses interventions une nouvelle disposition d'Ordre Public. C'est là une idée capitale, dont on peut dire sans exagération qu'elle est méconnue par l'unanimité des auteurs. Ceux-ci, même de nos jours, en reconnaissant au législateur le pouvoir de créer de toute pièce des préceptes d'Ordre Public, peuvent être considérés

---

(44) V. *supra*, ch. 1er, section 2, § 1, p.

comme des disciples, après l'heure, de l'Ecole classique. Ce n'est donc pas à la « loi écrite » que le problème de l'Ordre Public devra sa mise en œuvre, son application pratique : la fonction de l'Ordre Public est ici plus que minime. L'interprétation légale ne conduit à aucun résultat ; il faut donc délibérément l'abandonner pour s'en remettre à l'interprétation judiciaire (45).

Section deuxième

La Fonction de l'Ordre Public dans le domaine de l'interprétation judiciaire. (Rôle du juge dans la mise en œuvre de la notion d'Ordre Public.)

Dire que le juge est appelé à jouer un rôle fondamental dans la mise en œuvre de la notion d'Ordre Public pourrait, au premier abord, sembler hasardeux. N'est-il pas étonnant de reconnaître au magistrat des pouvoirs si étendus ? N'y a-t-il pas un danger certain à lui confier le soin de réaliser les applications pratiques de la notion d'Ordre Public ? Car enfin cette dernière notion constitue — comme

(45) Sur la délimitation du champ d'application respectif de l'interprétation légale et de l'interprétation judiciaire en général, consulter, Saleilles : *De la déclaration de volonté*, (Contribution à l'Etude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand ; art. 116-144), art. 133, § 1er, p. 196-212.

toute règle ou institution juridique, il est vrai — une limitation au domaine d'application de la volonté individuelle, ou même à celui de la loi. Remettre au juge un pouvoir en blanc, qui lui permette de réaliser, comme il l'entend, cette limitation, revient à lui forger un instrument redoutable dont il se servira peut-être avec arbitraire ; ne doit-on pas craindre ses « faiblesses » et ses passions » ?

On peut dès maintenant calmer les protestations que pourrait soulever la peur de « l'arbitraire » du juge. On admet d'ailleurs de nos jours, avec une grande facilité, son « intervention » en presque tous les domaines : il est vrai que beaucoup y voient encore, en quelque sorte, un « mal nécessaire » ; mais, d'une façon générale, le « dirigisme » législatif a causé tant de méfaits que l'on envisage d'un meilleur œil le « dirigisme judiciaire » : les auteurs ont consacré à cette dernière manifestation de longs et remarquables développements, sur lesquels il serait ici pour le moins inopportun de revenir (1). En tous cas, nous estimons que si le Code Civil de 1804 avait, comme le prévoyait le projet de l'an VIII, et comme le soulignait Portalis, dans son discours préliminaire,

---

(1) JOSSERAND : *Cours de droit civil positif français,* tome 2, 3e éd., 1939, nos 402 et suiv.; RIPERT : *La règle morale dans les obligations civiles,* 3e éd., nos 75 et suiv.; Mlle DE GAUDIN DE LAGRANGE : *La crise du contrat et le rôle du juge,* Paris, 1935, *passim;* V. également : *Répertoire général alphabétique du Droit Français,* FUZIER-HERMAN, 2e supplément, tome 1er, par CEZAN-BRU, Sirey, 1939, V° Contrat, p. 568, et la bigliographie citée.

consacré formellement le droit pour le juge de statuer en « équité » (2), il n'aurait pas été nécessaire, pour surmonter les difficultés provoquées par la crise économique, d'avoir recours si fréquemment au législateur, dont l'intervention répétée fut souvent plus que maladroite. De plus, on ne craint plus beaucoup, à l'époque actuelle, « l'arbitraire » du juge. Tous les auteurs, au cours du XIX[e] siècle, se sont voilés la face en pensant que la solution des litiges pouvait ne pas se trouver toute faite dans un texte de loi déterminé. Au fond, tous agissaient et pensaient ainsi, sous l'influence de l'individualisme du XVIII[e] siècle. Mettons-les au pied du mur. Qu'est-ce que « l'arbitraire » du juge : la crainte que la solution donnée par le juge ne soit pas la même dans le procès jugé aujourd'hui que dans celui clos hier ? On voudrait que aujourd'hui que dans celui clos hier. On voudrait que « l'égalité » régnât entre les plaideurs : à procès analogue, décision analogue. C'est là, on s'en rend compte tout de suite, une utopie, comme seul le libéralisme pouvait en engendrer. Par hypothèse, chaque

---

(2) FENET : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil,* tome 1[e]/, 1827, p. 470. « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat, et au jurisconsulte pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ». — M. Henri DE PAGE, écrit : « Il convient d'en finir une fois pour toutes, avec ce reproche de l'arbitraire du juge, que certains opposent encore avec des airs atterrés ». *A propos du gouvernement des juges; l'Equité en face du Droit,* Sirey, 1931, p. 147 et suivantes.

litige constitue un cas d'espèce, auquel doit être donné une solution d'espèce ; si le fait par le juge d'adapter sa décision aux faits et circonstances de la cause constitue un acte « arbitraire », — et tel est bien, en définitive, le grief, on pourrait même dire la mauvaise querelle soulevée par l'école libérale, — c'est de gaîté de cœur que nous nous y résignons ! On ne doit pas craindre d'accorder au juge de très larges pouvoirs (3) dans le domaine de l'Ordre Public comme ailleurs.

I. — La jurisprudence elle-même consacre le rôle éminent du juge dans la mise en œuvre de l'Ordre Public, puisqu'elle déclare que pour motiver sa décision il n'a pas besoin de recourir à un texte formel ; on peut *reconnaître l'existence de l'Ordre Public sans qu'aucun texte ne le vise expressément* dans l'espèce en question. La notion d'Ordre Public est donc bien, au point de vue « technique », complètement indépendante de la loi. Pour illustrer cette affirmation, un exemple suffira (4).

Le 16 octobre 1923, un contrat avait été passé entre le sieur C... et le docteur V... Aux termes de cette convention, C..., inventeur de plusieurs produits pharmaceutiques, cédait la licence d'exploitation de deux d'entre eux et une clinique médicale ; en contre-

---

(3) De tous temps, en fait, la jurisprudence a tenu un rôle de premier plan, comme en témoigne l'ouvrage de E. H. Perreau : *Technique de la jurisprudence en Droit Privé*, tome I et II, 1923.

(4) Civ. 4 décembre 1929, D. H. 1930, p. 50, S. 1931.1.49, note Esmein.

partie, le docteur V..., jeune médecin qui venait d'obtenir son diplôme, et sans grande fortune, s'engageait à payer annuellement à C... l'importante somme de 240.000 francs, et en plus à faire, chaque mois, une publicité de 6.000 francs dans les journaux de la région. Des difficultés surgirent assez vite. V... ne put payer chaque mois la somme de 26.000 francs, C... réclama son dû, V... risposta en se prétendant indûment lésé ; bref l'affaire vint devant la Cour de Douai. Cette dernière considéra que le contrat était nul, comme contraire à l'Ordre Public, en ce qu'il avait en fait pour objet l'exploitation des malades grâce à une publicité intense, et à l'emploi de qualificatifs, en ce qui concernait les produits employés, plus que fantaisistes ; la Cour également retint le fait que C..., fabricant des produits, n'était pas pourvu du diplôme de pharmacien : V... lui servant de paravent dans ses entreprises, grâce à son titre de docteur en médecine. En définitive, la Cour annula la convention comme ayant une cause contraire à l'ordre public. Le sieur C... ne se tint pas pour battu et forma un pourvoi en cassation, arguant, entre autres, que ni l'objet du contrat incriminé, ni sa cause n'étaient contraires à l'Ordre Public, puisqu'il n'était prohibé par aucun texte. Pourtant la Cour de Cassation confirma l'arrêt attaqué, motif pris « que, en l'état de ces constatations souveraines, la Cour d'appel a pu décider, par une interprétation de la convention, dont elle n'a point dénaturé les termes, que le contrat litigieux avait pour objet l'exploitation des malades au moyen d'une publi-

cité intense et par l'emploi de qualificatifs destinés à impressionner le public ; attendu qu'en décidant qu'une convention ayant un tel objet était nulle comme contraire à l'ordre public, la Cour d'appel a appliqué aux faits constatés les conséquences légales qu'ils comportaient ; attendu qu'il résulte des termes de l'art. 1133 C. civil, que la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi ». La Cour de Cassation reconnaît de la sorte que la notion d'Ordre Public, sous son aspect purement technique, est sous la dépendance immédiate du juge (5). Nombreuses, d'ailleurs, sont les applications dont elle est l'objet en l'absence de tout texte ; il en a été donné quelques exemples dans le premier chapitre, consacré à l'existence « de la notion d'Ordre Public » ; il n'est donc pas nécessaire d'y revenir maintenant (6).

II. — Il ne suffit pas de relever le rôle éminent imparti au juge dans la mise en œuvre de la notion d'Ordre Public ; encore faut-il examiner les conditions, les caractères essentiels de cette application aux cas d'espèce.

---

(5) V. également Trib. Civ. Seine, 10 janv. 1936. D. H. 1936, p. 72.

(6) Note Esmein, sous Civ. 4 décembre 1929, S. 1931.1.49, notamment § 2 ; V. aussi Planiol, Ripert et Esmein : *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, Obligations, n° 239 et suiv. ; *contra*, E. H. Perreau : *Des atténuations, par actes juridiques aux lois impératives ou prohibitives*, Revue trimestrielle de droit civil, 1923, p. 290.

L'idée capitale est que le magistrat doit, dans la recherche des solutions pratiques, se soumettre aux éléments constituant la « nature des choses », les « données » de toute élaboration juridique. Les principes essentiels qui dominent son interprétation ont été dégagés dans le chapitre précédent ; on a vu l'aspect sous lequel apparaît la notion d'Ordre Public, lorsqu'on ne l'envisage qu'à un point de vue strictement « scientifique », pour en déterminer le « contenu ». On a essayé alors de montrer les traits fondamentaux de cette notion ; ils dominent, on le sait, tout le problème. Aussi on ne doit pas s'étonner si on pose comme règle essentielle à l'interprétation du magistrat, en cette matière, la soumission à ces préceptes premiers. Dans la mise en œuvre de la notion d'Ordre Public, il doit les considérer comme inéluctables ; ils constituent la « matière » même de son activité ; il y aura donc là des éléments extérieurs à lui, constituant un domaine soustrait au subjectivisme de son appréciation. Les « données » de l'Ordre Public imposent au juge chargé de se prononcer dans chaque cas d'espèce la « fin », le « but » auxquels il doit tendre, et en dehors desquels sa décision serait abandonnée, non pas à un prétendu « arbitraire », qui n'est guère à craindre, mais à une recherche fantaisiste et sans fondement sérieux ; en droit, plus qu'ailleurs, se manifeste un besoin de « sécurité » qu'il serait vain de nier (7) et (8).

---

(7) Sur cette notion de « sécurité », V. Demogue : *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, *passim*.

(8) Capitant : *Introduction à l'étude du Droit civil*, 5e éd., 1929, n° 15, p. 45.

Si l'Ordre Public est laissé à la libre appréciation des tribunaux sans aucune idée directrice, on pourra alors manifester quelques craintes, sachant l'importance pratique de cette notion. Mais il n'en est rien : l'élaboration « technique » du droit positif reste dominée par les préceptes dégagés à l'aide de l'observation strictement « scientifique ; la « science » domine la « technique », de la même manière que le « but » a prépondérance sur les « moyens » destinés à l'atteindre (9). Le « donné », que nous avons dégagé sous ses divers aspects, s'impose au magistrat ; il domine la réalisation pratique de la notion d'Ordre Public. Celui-ci devra donc, lorsque se posera devant lui une difficulté touchant à l'application de cette notion, rechercher si les conditions fondamentales et préalables à sa mise en œuvre sont bien réellement réunies. Il le pourra d'autant plus facilement qu'aucune « source formelle », et notamment la loi, ne viendra restreindre, brider en quelque sorte son activité. La « loi écrite » ne joue pas un grand rôle ici ; elle seule pouvait mettre en échec les solutions qu'eut exigé le vait mettre en échec les solutions qu'eut exigé le donné rationnel, le droit naturel (10). Ici le juge n'a pas à s'en inquiéter, il l'a d'ailleurs proclamé lui-

---

(9) Sur les rapports entre les deux aspects de l'élaboration du Droit, V. Gény : *Science et technique en droit privé positif*, tome 4, octobre 1924, notamment chapitre 2.

(10) Gény, *op. cit.*, ch. 5 : « *Conflit du Droit naturel, et de la loi positive écrite* ».

même : la notion d'Ordre Public peut se dégager, d'elle-même, sans textes (11).

Il n'en reste pas moins que l'interprète a une tâche singulièrement lourde à remplir. Si la constatation des conditions de fait, externes et internes à l'être humain, lui fournit les premiers matériaux de son travail, encore faut-il reconnaître que son activité personnelle tient la première place, est absolument considérable. Mais ce seul point d'appui ne suffit pas ; le juge étant par hypothèse un individu vivant à une époque déterminée, dans un pays déterminé, va se trouver soumis à d'autres influences dont il est impossible de ne pas tenir compte. Notamment, l'application de l'Ordre Public va devoir compter avec un élément dont il n'a pas encore été parlé : la « conscience collective », « l'opinion publique ».

On doit immédiatement mettre en garde contre une erreur que l'on ne commet pas et, par suite, répondre par avance à des objections que l'on pourrait formuler à la simple mention des deux expressions dont nous venons de nous servir. Il ne s'agit pas de s'en remettre à l'opinion « commune », « générale » ou « moyenne » du soin de dire ce qu'il faut entendre par Ordre Public. Cette dernière conception a eu une grande vogue en Droit allemand. Savigny et les juristes que l'on a pu classer parmi les partisans de « l'Ecole Historique » proclamaient que toute règle de

---

(11) Nous verrons toutefois les difficultés qui peuvent se présenter lorsque le législateur a décidé que telle ou telle disposition était d'Ordre Public.

Droit a son origine dans la « conscience » du peuple, l'esprit populaire, le « Volksgeist » ; au droit immuable et universel fait place un droit issu des croyances populaires, influencé par toute l'évolution historique d'une nation ; cette théorie du Droit et de ses sources a été reprise, on le sait, récemment par les juristes allemands (12). On doit reconnaître, en toute objectivité, qu'elle est extrêmement séduisante ; mais on doit proclamer que la notion d'Ordre Public, pas plus que toute autre règle de droit, ne se forme par la seule force de l'opinion ; la conscience collective n'est pas à proprement parler la « source » véritable du Droit. On ne peut mieux faire ici que de citer un passage de l'ouvrage fondamental du doyen Gény, passage qui, bien que visant le droit « lato sensu », s'applique tout aussi bien à la notion dont nous poursuivons ici l'étude : « J'ose à peine, écrit M. Gény, — en terminant cette revue rapide des doctrines qui ont proposé un semblant de base scientique à l'élaboration du droit, — y joindre une manière de voir, que tend également à accréditer l'esprit positiviste de l'époque présente, et suivant laquelle le droit se formerait et se développerait, en vertu d'une sorte de « consensus » général du public, et pour ainsi dire, par la force de

---

(12) Sur ces intéressantes théories V. les développements de C. Du Pasquier : *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit,* 1937, n° 244, et n^{os} 294 et 298 ; V. également Capitant : *Introduction à l'étude du Droit civil, Nations générales,* Paris, 1929, n^{os} 6 et suiv., p. 28 et suiv. — Charmont : *La Renaissance du Droit naturel,* 1910, p. 75-95.

l'opinion. On observe, en effet, que le droit traditionnel ne se soutient qu'appuyé sur un sentiment général, qui l'approuve ou, du moins, consent à le subir. On ajoute qu'en fait, les règles juridiques nouvelles n'arrivent à s'imposer que par la puissance d'une sorte de conscience collective, qui les insinue peu à peu dans la vie sociale ; et l'on signale sans peine des notions juridiques (telles que le risque professionnel, la réglementation sociale du travail, bientôt peut-être le salaire minimum) ayant passé longtemps pour inadmissibles, et qui se sont acclimatées dans les esprits et dans les mœurs avant d'être érigées en préceptes légaux. On fait remarquer, en sens inverse, que les dispositions légales ou réglementaires qui ne répondent pas à un sentiment profond et sincère de l'opinion publique risquent de rester lettre-morte ou parfois même de disparaître sans avoir été appliquées. Ne résulte-t-il pas de là que « ce qui fait le droit, la règle de droit, c'est la croyance, pénétrant profondément la masse des hommes, à une époque et dans un pays donnés, que telle règle est impérative, que telle charge doit être accomplie » ? Ou ne faut-il pas dire, en d'autres termes, que « le droit est avant tout une création psychologique de la société, déterminée par les besoins d'ordre matériel, intellectuel et moral » ? Il y a bien là une idée séduisante, qui a frappé des esprits très avisés, encore qu'elle ne les ait pas amenés, du moins en général, à considérer comme résolu par elle le problème des bases scientifiques du droit. De fait, il ne semble pas que de cette idée on puisse constituer un « système » capable de contenir et de révéler tout le « donné » de l'ordre juridique. La cons-

tatation de l'influence de l'opinion publique sur la constitution même du droit positif n'en est pas la justification. Et s'agissant ici d'un problème de « normes », il ne suffit pas de relever « ce qui est » ; il faut savoir si « cela doit être ainsi ». Or, jusqu'à démonstration contraire, nous devons tenir que s'en remettre à l'opinion, c'est accepter comme guide une force aveugle, sujette à erreur et que la raison ne saurait reconnaître comme décisive. Si donc l'influence de la « conscience collective » ne saurait être négligée dans un examen objectif des éléments de l'organisation juridique, il est manifestement impossible d'en faire le principe d'un système, qui puisse suffire à assurer le ferme fondement indispensable à une élaboration scientifique du droit » (13). On ne peut être plus net. Aussi n'avons-nous pas la prétention de fonder l'Ordre Public sur la « conscience collective », nous ne voulons pas être accusés de confondre « l'indicatif » et « l'impératif » (14). Nous voulons seulement dire que, dans la mise en œuvre de cette notion, par suite en se plaçant à un point de vue strictement technique, l'opinion collective joue un rôle important dans la mesure où elle influe sur la décision du juge.

La raison en est facile à saisir ; la décision du juge intervient, non pas in abstracto, mais dans un cas bien

---

(13) Gény, *op. cit.*, tome 2, n° 78, p. 48-50, et les auteurs cités en note, p. 49 et p. 50.

(14) René Capitant : *Introduction à l'étude de l'Illicite.* — *L'Impératif juridique,* Paris, 1928, chapitre premier.

délimité ; les intérêts en jeu sont ceux d'individus déterminés, faisant partie d'un groupe social donné. Si elle heurtait par trop les conceptions couramment admises dans cette collectivité humaine, la justice ne remplirait plus son rôle ; il y aurait un désaccord flagrant entre l'idée qu'ils ont du droit et le droit réellement appliqué ; cette dissension ne manquerait pas de provoquer une certaine émotion, qui se traduirait soit par une mesure législative, soit même par une mesure desciplinaire. La « conscience collective » constitue donc un appui nécessaire à la décision des tribunaux ; il y a là « une garantie pour la sécurité des relations privées et pour le crédit économique et commercial » (15). Le reproche que l'on ne manque pas d'adresser à la notion de « conscience collective moyenne » vise surtout le vague et l'imprécision de son contenu : Qu'est-ce que l'opinion commune ? (16). Il est néanmoins relativement facile d'en donner une idée d'ensemble. Ce sera surtout en matière d'actes juridiques qu'elle manifestera sa force ; ce seront les « usages » et les « conceptions en cours » qui entreront en ligne de compte ; le juge écartera alors les activités privées, condamnées par le sentiment général. Nous retrouvons, sous un angle nouveau, le « donné » idéal : mais ici, nous l'envisageons à travers la mentalité d'une masse d'individus, et non pas à un

---

(15) Saleilles : *De la déclaration de volonté ; Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, 1901, art. 138, n° 2, p. 252.

(16) Gény : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 1919, tome 2, n° 157.

point de vue abstrait. Le juge, écrit Saleilles, « est l'organe de la justice, prise au niveau des conceptions du peuple pour qui elle est faite, et dont elle doit refléter la conscience. Il n'est pas l'interprète de principes géométriques, et encore moins l'exécuteur d'une morale géométrique, qui ne réponde qu'à un idéal particulier, et qui risque de choquer le sentiment de la justice plutôt que de le réaliser. » (17). On objectera que recommander au juge, dans la mise en œuvre de la notion d'Ordre Public, de se baser sur les usages en cours revient à admettre des « pratiques » souvent condamnables. Nous répondrons que « la base d'appréciation offerte au juge n'est pas l'usage plus ou moins généralisé d'un procédé... c'est l'appréciation qu'en donne la morale publique (18). Or, il n'est pas rare de voir, dans une société, des usages qui tendent à se généraliser, et que tout le monde condamne. Pour savoir s'ils sont ou non contraires aux bonnes mœurs, ce n'est pas à leur fréquence, ou même à la tolérance qui en est admise, que le juge devra s'attacher, mais à l'opinion qu'on

---

(17) SALEILLE, *op. cit.*, p. 276.

(18) C'est ce que devait admettre plusieurs années après, M. LOUIS-LUCAS, dans sa thèse : *Volonté et Cause.* (Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du Lien obligatoire en droit privé), Dijon, 1918, p. 163.

On doit noter que le doyen RIPERT, en ce qui concerne l'opinion publique admet que le juge « doit la diriger et non la subir », *La Règle morale dans les Obligations Civiles*, 3e éd., 1935, n° 39. Il n'en reste pas moins que le magistrat « subit » l'influence des conceptions « communément » admises, par lui comme par les autres individus.

en a du point de vue de la conscience publique » (19). Ce n'est pas la conscience collective qui crée la notion d'Ordre Public, mais elle en permet l'application au milieu social : s'il est vrai de dire qu'une loi doit être adaptée au milieu qu'elle doit régir, il est également vrai de déclarer que toute décision judiciaire doit « cadrer » avec la société au sein de laquelle elle est rendue (20). Le juge tiendra compte, lorsqu'il devra appliquer cette notion, de l'opinion commune. La conséquence la plus directe que l'on peut tirer de ce principe est la suivante : c'est au moment précis où le litige se présente devant lui que le magistrat appréciera la mesure dans laquelle l'ordre social est atteint ; c'est sur l'opinion générale du moment qu'il moulera

---

(19) SALEILLES, *op. cit.*, p. 276.

(20) SALEILLES : *Introduction à l'étude du Droit Civil allemand*, 1904, p. 100, écrit : « Le droit n'existe pas pour lui-même, mais pour la collectivité. Etant fait pour elle, il ne peut s'interpréter que par elle, en tenant compte de cette vie collective qu'il doit régir. Aucune des relations individuelles auxquelles il s'adapte ne peut être isolée de l'ensemgle, aucune ne peut être appréciée, réglementée ni jugée, sans qu'on ait à tenir compte des effets de cette règlementation par rapport au tout ». Dans le même sens on peut citer un passage extrêmement caractéristique de M.: JÈZE : « L'Etude du droit, c'est l'étude de la vie. Pour comprendre le droit, il faut connaître le milieu social, économique et politique. Pour bien observer ce milieu, il faut le comprendre, il faut vivre dans ce milieu, avec la mentalité des hommes qui s'y trouvent..... Le droit « vit ». Il évolue sans cesse, comme tout ce qui vit, sous l'influence du milieu. Observons sans cesse ce milieu, nous comprendrons mieux le droit ; nous l'adapterons mieux aux besoins du moment ». (*Les Principes généraux du droit administratif*, préface de la 3e éd., p. III à V).

sa décision. On a donc pu parler, à juste titre, de « l'actualité » de la notion d'Ordre Public (21). La conscience collective impose, en quelque sorte, ce caractère, car elle est soumise à des fluctuations et à des variations qui, pour n'être pas rapides, n'en sont néanmoins pas négligeables (22).

III. — D'un autre côté, on doit noter le contrôle exercé par la Cour de Cassation sur la notion d'Ordre Public. Il y a là, si besoin était, une barrière à la fantaisie des juges du fait. La Cour Suprême se reconnaît le droit de dire si et quand l'Ordre Public est intéressé. Les exemples sont innombrables (23) : on y voit le souci constant de délimiter aussi exactement que possible le « contenu » de la notion d'Ordre Public ; il y apparaît bien, en tous cas, comme le résumé des caractères fondamentaux de la notion de Droit. On

---

(21) Note Eustache PILON, sous Civ. 4 novembre 1901. S. 1903.1.273, notamment p. 275, colonne 1 ; SALEILLES : *De la déclaration de volonté*, 1901, p. 210-212 ; HÉMARD : *Précis élémentaire de Droit civil*, Sirey, 1928, tome 1er n° 266 ; CAPITANT : *Introduction à l'étude du Droit civil*, 5e éd., 1929, p. 98, en note.

(22) BONNECASE : *Introduction à l'étude du droit*, 2e éd., 1931, nos 131 et 133, V. ce que l'auteur appelle les « aspirations du milieu social ».

(23) On en a rencontré déjà un grand nombre, V. *supra*, chapitre 1, section 2 ; une partie de la Doctrine souligne le rôle de la Cour de Cassation en matière d'Ordre Public, V. notamment : BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit Civil de Baudry-Lacantinerie et ses collaborateurs*, 1924, tome 1er, n° 157 ; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : *Cours de Doctorat*, 1931-1932, p. 336-338.

notera également que contrairement à l'affirmation de certains auteurs (24), la Cour de Cassation se réserve un droit de regard sur l'interprétation donnée par les tribunaux inférieurs, à la notion de bonnes mœurs ; il est inexact de vouloir opposer ici l'acte « illégal » à l'acte « immoral », la Chambre civile ne les distingue pas. C'était là d'ailleurs ramener le problème de l'Ordre Public à une simple question d'interprétation légale et on a vu (25) qu'il n'en était rien. La Cour de Cassation ne s'y est pas trompée, et allège le problème de l'Ordre Public de toute interprétation exégétique; d'un autre côté on voit ici encore une similitude importante entre la notion d'Ordre Public et celle de bonnes mœurs. S'il est vrai de dire que la Cour de Cassation découvre, ainsi que les tribunaux inférieurs, des manifestations de l'Ordre Public en dehors de tout texte de loi, encore faut-il admettre qu'elle est obligée, pour casser les arrêts qui lui sont soumis, de se référer expressément à un texte de loi. Il n'y a là aucune contradiction; les textes pouvant donner lieu à application de l'Ordre Public étant extrêmement larges : ce sont plutôt des textes de « principe ». S'agissant du rôle de l'Ordre Public dans l'application des lois dans le temps et dans l'espace, un simple renvoi aux articles 2 et 3 du Code civil suffira : ces dispositions sont extrêmement

---

(24) HÉMARD : *Précis élémentaire de Droit Civil*, tome 1er, 1928, n° 264, qui d'ailleurs doit reconnaître qu'en fait la Cour de Cassation exercice ici aussi son contrôle; en faveur de cette dernière idée, BARTIN : *Théorie des Conditions Impossibles, Illicites, ou contraires aux mœurs*, p. 247 et suiv.

(25) V. *Supra*, section 1re.

générales et ne contiennent même — du moins directement — aucune allusion à l'Ordre Public. D'autre part, en ce qui concerne les actes juridiques volontaires, l'aruticle 6 du Code Civil — situé lui aussi dans « Titre Préliminaire » (26) — semble devoir fournir à la Cour de Cassation le texte de base adéquate; étant donné les nombreuses applications dont la notion d'Ordre Public est l'objet, il semblerait qu'il devrait être sans cesse mis en œuvre. Pourtant il n'en est rien : on lui préfère, en général, l'article 1133 du Code Civil relatif à la cause contraire à l'Ordre Public, aux bonnes mœurs, ou aux lois. La raison de cette préférence est double : d'une part l'art. 1133 fournit directement à la Cour Suprême un moyen technique d'annulation très précis (la « cause »), tandis que l'article 6 reste, au contraire un texte trop général, semble-t-il, posant le principe, dont l'article 1133 assure l'exécution ; d'un autre côté la Doctrine doit ici porter une lourde part de responsabilité. Un certain nombre d'auteurs ont cru possible d'affirmer que l'article 6 parlant de « lois intéressant l'Ordre Public ou les bonnes mœurs », ne concernait que les violations d'un texte précis de loi ; l'article 1133 au contraire visant la cause contraire aux lois, *ou* à l'Ordre Public, *ou* aux bonnes mœurs. L'article 6 ne s'appliquera donc que lorsqu'il y aura violation directe d'une loi d'Ordre Public. Cette distinction, fondée sur une conception purement « exégétique » de

---

(26) Le tribun Andrieux, lors de la discussion des articles composant le titre préliminaire, avait signalé leur portée très générale, FENET : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, tome 6, p. 55-59.

l'interprétation des textes (27) et ne présentant par suite qu'un intérêt minime, nous semble inexacte. L'article 6 du Code Civil pose, au contraire, un principe très général, dominant les Codes de Droit Privé, au même titre que les articles 2 et 3 ; c'est le texte fondamental en matière d'Ordre Public. En tous cas on ne retiendra qu'un point de cette théorie, c'est que l'article 6 prévoyant les atteintes aux « lois » d'Ordre Public étant peu appliqué, rarement invoqué par la Cour de Cassation, la notion d'Ordre Public est donc, a-contrario, tout à fait indépendante de la « loi écrite » de l'aveu même de ces auteurs.

En définitive *la notion d'Ordre Public a une fonction capitale dans le domaine judiciaire. Il ne suffit pas qu'une loi intervienne pour que l'Ordre Public soit en jeu; c'est au juge à trancher cette question; il le fera en partant des* données *que l'on a essayé de dégager, puis s'appuyant sur la* conscience collective, *il décidera dans chaque cas spécifié, si l'Ordre Public doit être mis en œuvre;* et ce ne sont pas les affirmations d'un texte rapidement rédigé qui entraîneront sa décision; le juge en ce qui concerne le problème de l'Ordre Public, est « au-dessus » de la loi, mais « au-dessous » des principes : « Mettre le juge, écrit le doyen Hauriou, au-« dessous des principes et au-dessus de la loi écrite n'a

---

(27) V. notamment parmi les auteurs défendant cette distinction, CAPITANT : *De la cause des Obligations. (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*, 2e éd., 1924, n° 107 ; JOSSERAND : *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit Privé*, Paris, 1928, n° 106; du même : *De l'Esprit des Droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, 2e éd., Paris, 1939, n° 113.

« rien de révolutionnaire, ni rien qui dépasse le fait « jurisprudentiel. Cela laisse le juge dominé par le « droit; car le droit ce sont les principes, plus que la « loi écrite. Cela fait passer l'esprit avant la lettre, « résultat contre lequel on ne saurait protester (28). « Ajoutons : cela est rassurant. Car cela n'abandonne « le juge, ni à une libre recherche sans garantie, ni à « des impulsions inquiétantes vers l'équité. Cela oriente « le juge vers des principes déterminés, qui ont fait « leurs preuves, parce qu'ils ont fait la civilisation. « Cela signifie que l'Ordre Social, comme la justice, « comme le bien est polarisé dans une direction » (29).

---

(28) PORTALIS proclame... « la science du magistrat est..... d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue », FENET : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, tome 1er, p. 476; le titre VI, du Livre Préliminaire, déclarait dans son art. 11 : « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive ».

(29) HAURIOU : *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., 1920, p. 236.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, on peut, semble-t-il, retracer en quelques mots, les résultats qui sont apparus chemin faisant et en présenter une brève synthèse. Conformément à une Doctrine unanime, aux textes des Codes de Droit Privé et surtout d'une imposante jurisprudence, on doit reconnaître l'*existence d'une notion d'Ordre Public.* Celle-ci, qu'elle intervienne dans l'application des lois dans le temps et dans l'espace, ou dans l'interprétation des actes juridiques volontaires, constitue une *limite,* un frein; elle assure la protection d'un *ordre* déterminé. Cet ordre, contrairement aux affirmations de certains auteurs, n'est pas fondé sur les exigences de la sécurité générale, — auquel cas il serait purement matériel, — mais résume certains principes, que l'on a tenté d'esquisser, et devant lesquels la loi et les volontés privées doivent se plier. — L'Ordre Public est donc un *ordre intellectuel,* moral, qui, à Rome comme à l'époque actuelle, exprime les *caractères spécifiques de la notion de Droit;* ceux-ci en forment, de la sorte, le *contenu.* De cette idée on a pu conclure que la loi écrite n'était appelée à jouer aucun rôle dans la mise en œuvre de cette notion ; la *fonction* de l'Ordre Public dans le domaine législatif est inexistante; ceci confirme les critiques que l'on

avait adressées aux partisans de l'Ecole de l'Exégèse et à presque toute la Doctrine contemporaine, qui s'en remettaient à la loi du soin de déterminer l'application de cette notion et également de la définir. L'élément légal voit son importance décroître, en dépit et peut être même à cause de « l'inflation » législative, dans l'élaboration des règles de droit et des institutions juridiques. C'est donc au magistrat qu'incombe la mission de *déterminer les caractères spécifiques de la notion de Droit* et *d'en assurer la mise en œuvre,* sous le vocable d'Ordre Public. La notion d'Ordre Public appartient au domaine de l'interprétation judiciairl; le juge membre d'un groupe social donné aura — sans se laisser entraîner par les oscillations de l'opinion publique — conscience des caractères essentiels de la notion de Droit telle qu'elle apparaît dans ce groupe ; on peut même dire qu'il aura le *sens inné* du Droit de son pays, et de l'*Esprit de ce Droit,* de *l'Ordre Public.* Si bien qu'à la fin de cette étude, consacrée à l'Ordre Public en Droit Privé, on peut dire de cette notion ce que Saleilles écrivait du Droit en général : « Je suis d'une école qui tend de plus en plus à accorder beaucoup à la jurisprudence et à attendre beaucoup d'elle, beaucoup plus que de la loi... La jurisprudence procède par tâtonnements et ces tâtonnements sont une garantie d'expérience : cela me fait espérer que la jurisprudence trouvera des nuances et des distinctions qui pourraient bien échapper au législateur » (1).

---

(1) SALEILLES : *La Réforme Sociale,* tome 35, année 1898, p. 634 et suiv.

BIBLIOGRAPHIE

I. — DROIT ROMAIN, ANCIEN DROIT, ÉTUDES HISTORIQUES.

ARGOU. — *Institution au droit français*, 2 vol., 1771.

BEAUMANOIR. — *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, tome 2, Paris, 1899-1900.

BEAUNE. — *Droit Coutumier Français. Les contrats*, 1889.

BRISSAUD. — *Cours d'histoire générale du Droit Français Public et Privé*, tome 2.

DARESTE. — *Nouvelles études d'Histoire du Droit*, 3e série, Paris, 1906.

DOMAT. — *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel ; Traité des Loix*, in-folio, 1771.

DUNOD. — *Traité des Prescriptions*, 3e éd., Paris, 1753.

ESMEIN (A.). — *Etudes sur les contrats dans le Très Ancien Droit Français*, Paris, 1883.

— *Le Serment Promissoire dans le Droit canonique* (Nouvelle Revue historique de droit Français et Etranger, année 1888, p. 248 et suiv., p. 311 et suiv.).

FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Paris, 1827, tomes I, II, IV, V, VI.

Ferrière (Claude-Joseph de) — *Dictionnaire de Droit et de Pratique,* 4e éd., Paris, 1758, tome 1er.

Girard. — *Manuel élémentaire de Droit Romain,* 8e éd., revue par Senn, Paris, 1929.

Koschembahr-Lyskowski. — *Conventiones contra bonos mores* (Mélanges de Droit Romain dédiés à Georges Cornil, Paris, 1926, p. 13-35).

Loysel. — *Institutes Coutumières,* notes d'Eusèbe de Laurière, nouv. éd., par Dupin et Laboulaye, Paris, 1846.

Monier. — *Manuel élémentaire de Droit Romain,* 2e éd., Paris, 1940, tome 2.

Pothier. — *Œuvres,* éd. Bugnet, Paris, 1848, tome 2.

Poullain-Duparc. — *Principes du Droit Français suivant les maximes de Bretagne,* Rennes, 1770, tome 8.

Senn. — *De la Justice et du Droit,* Paris, 1927.

— *Des Origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs* (Recueil d'études sur les Sources du Droit, en l'honneur de François Gény, Paris, 1934, tome 1, p. 53 et suiv.).

Sumner-Maine. — *L'Ancien Droit* (traduit sur la 4e éd. anglaise par Courcelle-Seneuil), Paris, 1874.

Tison. — *Le Principe de l'Autonomie de la volonté dans l'Ancien Droit Français,* thèse, Paris, 1931.

II. — DROIT PRIVÉ CONTEMPORAIN

A) *OUVRAGES GÉNÉRAUX.*

Aubry et Rau. — *Cours de Droit Civil Français,* 6e éd., par Bartin, Paris, 1936, tome 1.

BARTIN. — *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises,* Paris, 1930, tome I.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité théorique et pratique de Droit Civil; Des « Personnes »,* par Houques-Fourcade, 3e éd., Paris, 1907, tome 1er.
— *Précis élémentaire de Droit Civil,* 13e éd., mise au courant par P. Guyot, 1923, tome I.

BEUDANT (Charles). — *Cours de Droit Civil Français,* 2e éd., publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, — tome 1er, *Introduction et Explication du titre préliminaire du Code Civil,* avec la collaboration de Mme BÉQUIGNON-LAGARDE, Paris, 1934; — tome 8, *Les contrats et les Obligations,* avec la collaboration de Gaston LAGARDE, I, Paris, 1936.

BONNECASE. — *Supplément au Traité théorique et Pratique de Droit Civil de Baudry-Lacantinerie et ses collaborateurs,* Paris, tome I, 1924, et tome II, 1925.

COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit Civil Français,* 7e éd., Paris, 1931, tome 1er, et 9e éd., Paris, 1939, tome 1er, avec le concours de JULLIOT DE LA MORANDIÈRE.

DEMANTE. — *Cours analytique de Code Civil,* 4e éd., Paris, 1849, tome I.

DEMOGUE. — *Traité des obligations en général,* Paris, 1923.

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Civil,* Paris, 1845, tome 1er.

DONNEDIEU DE VABRES. — *Traité élémentaire de Droit Criminel et de législation pénale comparée,* Paris, 1938.

DUGUIT. — *Traité de Droit Constitutionnel,* 3e éd., Paris, 1928, tome 1.

DURANTON. — *Cours de Droit Français suivant le Code Civil,* 4e éd., Paris, 1844, tome 1.

GLASSON, TISSIER, MOREL. — *Traité théorique et pratique d'Organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile,* 3e éd., Paris, 1925, tome 1.

HAURIOU. — *Principes de droit public,* 2 éd., Paris, 1916.

HÉMARD. — *Précis élémentaire de Droit Civil,* Paris, 1929, tome 1.

HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code Civil,* Paris, 1892, tome 1.

JÈZE. — *Cours de Droit public,* Paris, 1922.

JOSSERAND. — *Cours de Droit Civil positif Français,* Paris, 3e éd., 1938-1940, tomes I et II.

LAROMBIÈRE. — *Théorie et Pratique des Obligations,* Paris, 1857, tome 1er.

LAURENT. — *Principes de Droit Civil Français,* 2e éd., Bruxelles, 1876, tome 1.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *Précis de droit international privé,* 3e éd., Paris, 1937.

MAZEAUD (H. et L.). — *Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* 3e éd., Paris, 1939, tome 1.

MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon,* 5e éd., Paris, 1859, tome 1.

MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence,* 5e éd., Bruxelles, 1827, tome 18.

MOREL. — *Traité élémentaire de Procédure Civile,* Paris, 1932.

MOURLON. — *Répétitions écrites sur le Code Civil,* 11e éd., revue par Demangeat, tome 1.

PAGE (Henri DE). — *Traité élémentaire de Droit Civil Belge, Principes — Doctrine — Jurisprudence,* tome 1, Bruxelles, 1933.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit Civil,* 12e éd., Paris, 1939, tome 1.

— *Traité pratique de droit civil français;* tome I, *Les Personnes,* par R. SAVATIER, 1925; tome V, *Donations et Testaments,* par A. TRASBOT, 1933 ; tomes VI et VII, *Obligations,* par ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, 1930 et 1931.

SOLUS. — *Les Principes du Droit Civil,* 2e éd., Paris, 1939.

TOULLIER. — *Le Droit Civil Français suivant l'Ordre du Code,* 2e éd., Paris, 1819, tome 1.

B) *OUVRAGES SPÉCIAUX ; THÈSES.*

ALGLAVE. — *Action du Ministère Public et théorie des Droits d'ordre public en matière civile,* 2e éd., Paris, 1874, tome 1.

BARTIN. — *Etudes de Droit international,* Paris, 1899.

BOIS-JUZAN. — *De la cause en Droit Français* (Spécialement en Droit Civil), thèse, Bordeaux, 1939.

BONNECASE. — *La notion de Droit en France au dix-neuvième siècle,* Paris, 1919.

— *L'Ecole de l'Exégèse,* 2e éd., Paris, 1924.

— *Introduction à l'étude du Droit,* 2e éd., Paris, 1931.

— *La Pensée juridique Française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels,* tomes I et II, Paris, 1933.

BURCKHARDT. — *Methode und system des Rechts,* Zurich, 1936.

CAPITANT (Henri). — *Introduction à l'étude du Droit Civil. Notions générales,* 5e éd., Paris, 1929.
— *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs),* Paris, 2e éd., 1924.

CAPITANT (René). — *Introduction de l'étude de l'Illicite. L'Impératif juridique,* thèse, Paris, 1928.

CHABAS. — *De la déclaration de Volonté en droit civil français,* thèse, Paris, 1931.

CHARMONT. — *Les transformations du Droit Civil,* Paris, 1913.

CLAPS-LIENHART. — *L'Ordre Public. Essai,* thèse, Lyon, 1934.

DABIN. — *La technique de l'élaboration du Droit Positif, spécialement en Droit Privé,* Bruxelles, Paris, 1935.

DEMOGUE. — *Les Notions Fondamentales du Droit Privé,* Paris, 1911.

DEPLOIGE. — *Le Conflit de la Morale et de la Sociologie,* Louvain, 1911.

DEREUX. — *De l'interprétation des actes juridiques privés,* thèse, Paris, 1905.

DUGUIT. — *Etudes de Droit Public.* Tome I, *L'Etat, le Droit objectif et la Loi Positive,* Paris, 1901.
— *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon,* Paris, 1912.

DURHEIM. — *De la division du travail social,* thèse lettres, Paris, 1893.

GAUDEMET. — *L'Interprétation du Code Civil en France depuis* 1804, Paris, 19935.

GÉNY. — *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit privé positif,* 2e éd., Paris, 1919, tomes I et II.

— *Science et Technique en droit privé positif. Noucelle contribution à la critique de la méthode juridique,* Paris, 1914-1924, 4 volumes.

GOUNOT. — *Le Principe de l'autonomie de la volonté en Droit Privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique,* thèse, Dijon, 1913.

JAPIOT. — *Des nullités en matière d'Actes Juridiques,* thèse, Dijon, 1909.

JOSSERAND. — *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit* Privé, Paris, 1928.

— *De l'Esprit des Droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits,* 2e éd., Paris, 1939.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Cours de Doctorat,* 1931-1932, Paris.

LOUIS-LUCAS. — *Volonté et cause* (*Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du Lien Obligatoire en Droit Privé*), thèse, Dijon, 1918.

MARMION. — *Etudes sur les lois d'Ordre Public, en droit civil interne,* thèse, Paris, 1924.

MAUNIER. — *Introduction à la sociologie,* Paris, 1929.

MORIN. — *La Révolte des faits contre le code,* 4e éd., Paris, 1920.

OPREA (Zeno). — *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand,* thèse, Paris, 1935.

PAGE (Henri DE). — *A propos du gouvernement des juges. L'Equité en face du Droit,* Paris, 1931.

PASCANU. — *La Notion d'Ordre Public par rapport aux transformations du Droit Civil,* thèse, Paris, 1937.

PASQUIER (Claude DU). — *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit,* Paris-Neufchâtel, 1937.

PERREAU (E.-H.). — *Technique de la jurisprudence en Droit Privé,* Paris, 1923, tomes I et II.

RAY. — *Essai sur la structure logique du Code Civil Français,* thèse lettres, Paris, 1926.

RIPERT. — *La Règle morale dans les obligations civiles,* 3e éd., Paris, 1935.

— *Le Régime démocratique et le droit civil moderne,* Paris, 1936.

ROUBIER. — *Les Conflits de lois dans le temps,* Paris, tome I (1929), tome II (1933).

SALEILLES. — *De la déclaration de Volonté (Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand, art.* 116-144), Paris, 1901.

— *Introduction à l'étude du Code Civil allemand,* Paris, 1904.

SOURY. — *Essai sur les principes directeurs du Droit Civil Français des Obligations dans son état présent,* thèse Bordeaux, 1939.

TCHAVDAROFF. — *De la notion des Bonnes mœurs (Essai théorique sur la recherche d'un critérium),* thèse, Toulouse, 1927.

C) *ARTICLES DE REVUE; CHRONIQUES; ÉTUDES.*

BONNECASE. — *Où en est le Droit Civil,* Cahiers de la Nouvelle Journée, 1925; *La Cité moderne et les transformations du Droit.*

— *La notion juridique de bonnes mœurs. Sa portée en droit civil français, Etudes de Droit Civil à la mémoire de Henri Capitant,* p. 95.

CHARMONT et CHAUSSE. — *Les interprètes du Code Civil, Livre du Centenaire du Code Civil,* tome 1, p. 131.

DIKOFF. — *L'Evolution de la notion de contrat. Etudes de Droit Civil à la mémoire de Henri Capitant,* p. 211.

GAUDEMET. — *Aubry et Rau,* Revue trimestrielle de Droit Civil, 1923, p. 65.

HÉMARD. — *Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures,* Revue critique de législation et de jurisprudence, 1939, p. 293.

JACK. — *Des conventions relatives à la personne physique,* Revue critique de législation et de jurisprudence, 1933, p. 366.

JOSSERAND. — *La personne humaine dans le commerce juridique,* Dalloz Hebdomadaire, 1932, p. 1.

— *L'Essor moderne du concept contractuel,* Recueil d'Etudes sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény, tome 2, p. 330.

— *La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgaion du Code Civil français, Livre-Souvenir des journées de droit civil français à Montréal,* p. 29.

Julliot de La Morandière. — *L'Ordre Public en Droit Privé interne, Etudes de Droit Civil à la mémoire de Henri Capitant,* p. 381.

Lerebours-Pigeonnière. — *La contribuiton essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté, L'Œuvre Juridique de Raymond Saleilles,* p. 397.

Louis-Lucas. — *L'Autonomie de la Volonté en droit privé interne et en droit international privé, Etudes de Drait Civil à la mémoire de Henri Capitant,* p. 469.

Lyon-Caen. — *Compte rendu,* Revue critique de législation et de jurisprudence, 1875, p. 205.

Perreau (E.-H.). — *Des Droits de la Personnalité,* Revue trimestrielle de Droit civil, 1909, p. 505.

— *Des atténuations par actes juridiques aux lois impératives et prohibitives,* Revue trimestrielle de droit civil, 1923, p. 290.

Raynaud (Pierre). — *La renonciation à un droit; sa nature et son domaine en Droit Civil,* Revue trimestrielle de Droit Civil, 1936, p. 763.

Roubier. — *De l'effet des lois nouvelles sur les contrats en cours, Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1932, p. 120.

SOLUS. — *La jurisprudence contemporaine et le Droit du ministère public d'agir en justice au service de l'Ordre Public, Etudes de Droit civil à la mémoire de Henri Capitant,* p. 769.

TRASBOT. — *Conditions et charges confessionnelles dans les libéralités aux personnes morales publiques, Etudes de Droit civil à la mémoire de Henri Capitant,* p. 839.

VAREILLES-SOMMIÈRES. — *Les lois d'Ordre Public et la dérogation aux lois,* Revue de Lille, 1899.

Vu :

Le Président de la Thèse,
ANDRÉ TRASBOT.

Vu :

Le Doyen,
E. DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR.

Vu et permis d'imprimer :

Rennes, le 3 octobre 1941.

Le Recteur de l'Académie de Rennes.

Pour le Recteur :

Le Vice-Président du Conseil de l'Université Délégué,
E. DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. 7

1re Partie. — Histoire des Doctrines relatives a l'Ordre Public en Droit privé. . . 15

— *Chapitre Premier. — Le Droit Romain*. 17

— *Chapitre Deuxième : L'Ancien Droit*. 25

Section 1re : L'Ordre Public dans le Très Ancien Droit. 25

Section 2e : L'Ordre Public au 16e et 17e s.; Domat. 35

Section 3e : L'Ordre Public au 18e s. 44

— *Chapitre Troisième. — Le Droit Intermédiaire*. 51

— *Chapitre Quatrième. — Les Doctrines relatives à l'Ordre Public en droit privé au cours du 19e s.* 61

Section Préliminaire : 67

Section 1re : Le courant doctrinal prédominan. Application à la notion d'Ordre Public de la méthode analytique. « Enumération des lois » d'Ordre Public. 71

Section 2e : Application au problème de l'Ordre Public de la méthode synthétique. « Définition » de l'Ordre Public..... 85
Section 3e : Critique d'ensemble des doctrines de l'Ordre Public au 19e s..... 92
§ 1. Critiques d'ordre formel..... 93
§ 2. Critique de fond..... 97

— *Chapitre Cinquième. — Les Doctrines relatives à l'Ordre Public en droit privé à l'époque contemporaine.* 107

2e Partie. — Essai d'une théorie générale de l'Ordre Public en Droit Privé..... 133

— *Chapitre Préliminaire.* 135

— *Chapitre Premier. — La NOTION d'Ordre Public.* 141
Section 1 : La Notion d'Ordre Public; les textes et la Doctrine..... 142
Section 2 : La Notion d'Ordre Public et la jurisprudence. 145
Sous-section 1 : L'Ordre Public et l'application des lois dans le temps et dans l'espace. 147
Sous-section 2 : L'Ordre Public et l'acte juridique. 179

— *Chapitre Deuxième. — Le CONTENU de la notion d'Ordre Public*..... 225
Section 1 : Rejet des théories attribuant à la notion d'Ordre Public un contenu *matériel.* 226
Section 2 : Adoption d'un centenu *intellectuel* de la notion d'Ordre Public..... 243

— *Chapitre Troisième. — La FONCTION de la notion d'Ordre Public* 285
Section 1 : La fonction de la notion d'Ordre Public dans le domaine législatif 289
Section 2 : La fonction de la notion d'Ordre Public dans le domaine de l'interprétation judiciaire 314

CONCLUSION 335

BIBLIOGRAPHIE 337

IMPRIMERIES REUNIES
(Société Coopérative)
22, Rue de Nemours, RENNES